

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE DIREITO

GUSTAVO ZATELLI CORREA

PODER DE POLÍCIA E CONSTRUÇÃO JURÍDICA DO ESTADO: UMA ANÁLISE  
DAS OBRAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO DA PRIMEIRA REPÚBLICA

FLORIANÓPOLIS  
2013

GUSTAVO ZATELLI CORREA

PODER DE POLÍCIA E CONSTRUÇÃO JURÍDICA DO ESTADO: UMA ANÁLISE  
DAS OBRAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO DA PRIMEIRA REPÚBLICA

Trabalho de Conclusão apresentado ao  
Curso de Graduação em Direito da  
UFSC, como requisito à obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Airton Lisle Cerqueira L. Seelaender

FLORIANÓPOLIS

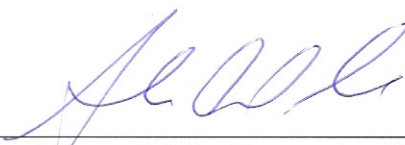
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

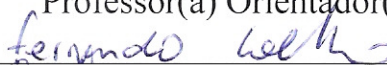
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Poder de Polícia e construção jurídica do Estado: uma análise da doutrina de Direito Administrativo da Primeira República**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Gustavo Zatelli Correa**, defendida em **18/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,0 (nove), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

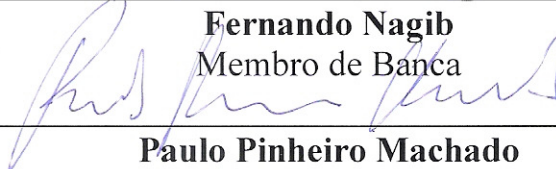
Florianópolis, 18 de Julho de 2013



**Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender**  
Professor(a) Orientador(a)



**Fernando Nagib**  
Membro de Banca



**Paulo Pinheiro Machado**  
Membro de Banca

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, o meu orientador, Airton L. Cerqueira Seelaender, por ter me instigado o interesse acadêmico, demonstrando que o jurista pode e deve lidar com o Direito além da dogmática, principalmente ao lidar com a historicidade do fenômeno jurídico. A formação que tive até então na graduação deve-se em grande parte às aulas e às indicações de leitura do professor. A monografia não existiria caso não ele próprio não tivesse instigado o tema.

Agradeço meus pais, que me apoiaram tanto durante os últimos anos.

Agradeço meus amigos de turma, Arthur Brotto, Lana Donatti, Felipe Demetri e Carmen Lúcia Alves. E, também, aos demais que se tornaram amigos durante o curso: Gregório Swiech, Olga Swiech, Roberta Olivato, Thais Rigotti, Ana Carolina Marinho, Priscila Pimont.

Agradeço os amigos do grupo de estudos, Fernando Nagib, Guilherme Ricken, Mauricio Mesurini, Gustavo Gomes, Patrícia Bortolotto, Bruno Hochheim.

Agradeço aos demais que me apoiaram no meio acadêmico, Macell Leitão, Walter Marquezan, Natasha Karenina, Fernanda Martins.

Agradeço ao CNPQ pelas bolsas que apoiaram meus anos de pesquisa.

## RESUMO

A presente pesquisa tem como objeto o desenvolvimento do poder de polícia como instituto jurídico durante a Primeira República. As fontes trabalhadas serão as obras jus-administrativas da época. O aumento populacional, o fim da escravidão, a questão social e a reestruturação urbana foram alguns dos fatores que geravam instabilidade social e faziam com que as elites procurassem respostas para encerrá-los. A solução pela ação estatal não foi rara nesse contexto. Nas últimas três décadas, a historiografia brasileira comprovou o intervencionismo estatal do período por diversos exemplos (i.e.: a revolta da vacina; a repressão às greves em 1917 e 1919; o aumento no controle social de mendigos, menores e prostitutas; entre outros). Tais atividades, no entanto, precisavam de fundamentação jurídica. Esta veio, principalmente, por meio das fórmulas “poder de polícia”, “polícia administrativa” e (por vezes) “polícia”. A palavra, que tinha suas raízes no Antigo Regime, possuía: por um lado, um grau de indeterminação que permitia aos juristas da época moldá-la com facilidade; por outro, a potencialidade necessária para excetuar alguns limites do Estado de Direito. Com efeito, o instituto jurídico era útil como legitimação de uma intervenção “genérica”, servindo como válvula de escape para o liberalismo.

**Palavras-chave:** Direito administrativo; poder de polícia; polícia administrativa; “polícia”; Primeira República; Viveiros de Castro; Aarão Reis; Aurelino Leal;

## **ABSTRACT**

The object of this research is the juridic figure of “police power” and how did the brazilian jurists of the “First Republic” (Primeira República) drew it's contours. It has been clear by the recent historic researchers that there has been a number of examples of state interventionism in this period (such as the “revolta da vacina”, the repression on the worker's strike in 1917 and 1919, the increase of social control on poors, etc.). All of these state actions demanded legal groundings. The formulas “police power” (poder de polícia), “polícia administrativa” and sometimes just “police” were used to rationalize in legal terms the state activity. Even though most still identifies the “First Republic” as the peak of liberalism in its classic form, the current work tries to demystify this understanding by showing the existence of non-liberal elements in the theories of the works which we will analyze. The authors of legal literature on administrative law were largely very critical of the presuppositions of the classic liberalism. Although it cannot be stated that they were pro-interventionism, since most of them still cared for liberal concepts in certain areas (such as the economy), it is clear that they do not buy the liberalism in its classic form. That is to say: they demanded interventionism, but not in all areas. The “police power” was the legal ground for this interventionism, mostly because of its generic and malleable form. Each author could use this legal argument as it pleased. That's why it was so convenient but at the same time problematic, because due to its undefined nature it was also not a strong and widely accepted legal argument.

**Keywords:** police power; administrative law; Primeira República;

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 ESTADO DA ARTE.....	14
1.1 DA POLÍCIA À ADMINISTRAÇÃO.....	14
1.1.1 A POLÍCIA NO ANTIGO REGIME.....	16
1.1.2 NASCIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	23
1.1.3 MATURIDADE DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	29
1.2 O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO NO IMPÉRIO.....	32
1.3 DIREITO ADMINISTRATIVO NA HISTÓRIA DOS MANUAIS JURÍDICOS.....	37
1.4 DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO NA PRIMEIRA REPÚBLICA.....	39
2 A DOCTRINA DE ESTADO E OS LIBERALISMOS – ENTRE TEORIA E IDEOLOGIA.....	42
2.1 GRAUS DE LIBERALISMOS.....	43
2.1.1 AUGUSTO VIVEIROS DE CASTRO.....	44
2.1.2 ALCIDES CRUZ.....	57
2.1.3 OLIVEIRA SANTOS.....	61
2.1.4 AARÃO REIS.....	72
3 CONCEITO DE POLÍCIA E PODER DE POLÍCIA – A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS INTERVENÇÕES.....	80
3.1 “PODER DE POLÍCIA” e “POLÍCIA ADMINISTRATIVA”.....	81
3.1.1 AUGUSTO VIVEIROS DE CASTRO.....	81
3.1.2 ALCIDES CRUZ.....	85

3.1.3 OLIVEIRA SANTOS.....	93
3.1.4 AARÃO REIS.....	94
3.2 “A RUA É A POLÍCIA TODA INTEIRA”: AURELINO LEAL E O PODER DE POLÍCIA.....	96
CONCLUSÃO.....	113
REFERÊNCIAS.....	115



## INTRODUÇÃO

O tema da presente monografia situa-se na história do direito público, mais especificamente, na apreciação histórica do instituto jurídico de “poder de polícia” - conjuntamente com o próprio conceito de “polícia” - e em sua utilização como ferramenta jurídica para a construção (ou legitimação a posteriori) e manutenção administrativa do Estado durante a Primeira República. As fontes primárias utilizadas na pesquisa foram as doutrinas de direito administrativo publicadas durante a Primeira República<sup>1</sup> e um livro específico sobre o assunto, também publicado no mesmo período.<sup>2</sup>

Se é verdade que a área da História do Direito, no Brasil, só há poucos anos iniciou um verdadeiro processo de consolidação, autonomização e diálogo com outras campos dos saberes, pode-se dizer que o período da Primeira República foi um dos mais negligenciados pelas novas interpretações. Visto por alguns como mera transição entre duas épocas mais interessantes, o recorte temporal mencionado carece de análises profundas sobre sua cultura jurídica.

O problema da pesquisa surge após perceber, em um primeiro momento, uma transferência de enfoque (que ocorre ao longo do Império e vai se intensificado, de modo mais ou menos regular, até depois da proclamação da República) nas discussões doutrinárias de direito administrativo durante o séc. XIX. Enquanto as primeiras obras jus-administrativas estavam muito mais preocupadas com questões de legitimação da soberania governamental, as discussões doutrinárias foram cada vez mais recaindo em um paradigma disciplinador ao longo que o governo foi adquirindo estabilidade necessária para não se preocupar em se legitimar constantemente.

---

<sup>1</sup> “Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo” de Augusto Olympio Viveiros de Castro (1908); “Noção de Direito Administrativo Brasileiro” de Alcides Cruz, (1910); “Direito Administrativo e Sciencia da Administração” de Oliveira Santos (1919); e “Direito Administrativo Brasileiro” de Aarão Reis, (1923)

<sup>2</sup> “Polícia e Poder de Polícia” de Aurelino Leal (1918).

Em um segundo momento, ao notar-se maior ênfase concedida ao “poder de polícia” nas doutrinas de direito administrativo escritas durante as primeiras décadas do séc. XX. Se de fato houve mudanças significativas no entendimento e em como seria utilizado o instituto do “poder de polícia” cabe buscar responder o porquê de tal fenômeno; isto é, para quais finalidades serviu, ou teve a pretensão de servir, tal desenvolvimento doutrinário.

Uma das hipóteses sugeridas é que o direito administrativo – e, mais especificamente para a presente pesquisa, o “poder de polícia” - foi utilizado para a construção jurídica do Estado Interventor (com fins muitas vezes disciplinadores, atuando em lugares e pessoas “à margem” da sociedade) na Primeira República. Geralmente, este modelo de Estado é identificado apenas com o Getulismo – o que gera falhas de datação e equívocos na identificação da origem de instituições. O direito não nasce em um deserto: apesar das claras modificações institucionais e jurídicas no pós-30 serem frutos de mudanças conjunturais políticas, parece difícil defender uma transição tão abrupta de um Estado liberal para o Estado interventor.

Não se pode, primeiramente, entender intervencionismo apenas como obra de grandes estadistas, quando ele geralmente é muito mais resposta prática às pressões acentuadas pela situação econômica, questão social, processo de urbanização, etc. Em segundo lugar, não se deve ignorar que o intervencionismo estatal não atua só para integrar as classes sociais, podendo facilmente servir para a segregação destas.

É difícil, da mesma maneira, nos contentarmos em adequarmos superficialmente não só a atuação estatal dos primeiros anos republicanos, como a própria teorização política com modelos puramente liberais sem nenhuma ressalva. Isso não significa, todavia, negar a hegemonia do pensamento liberal no contexto político e jurídico brasileiro, mas sim complexificar a exposição ao perceber, nas fontes, formas diversificadas de desenvolver as ramificações e clivagens entre liberalismo e intervencionismo. Se a atuação estatal na Primeira República foi,

reconhecidamente pela historiografia, repressiva e disciplinadora<sup>3</sup>, há de se indagar como tal equilíbrio (entre liberalismo e intervenção estatal) se concretizava nas discussões jurídico-dogmáticas.

As teorizações sobre a atuação estatal encontram-se entrelaçadas com as soluções jurídicas elaboradas por cada autor. A reformulação do conceito de polícia de modo mais amplo, principalmente pelas fórmulas “poder de polícia” e polícia administrativa”, permitiu aos doutrinadores uma resposta jurídica para problemas práticos que exigiam intervenção estatal. A potencialidade do conceito de “polícia”, conservada de sua formação histórica durante o Antigo Regime, permitia ultrapassar algumas fronteiras do Estado de Direito, criando formas pelas quais a Administração Pública poderia legitimamente intervir na sociedade.

A hipótese central desta monografia é que o poder de polícia era fundamentação genérica e maleável de intervenção. O instituto jurídico fundamentaria, ao excetuar o Estado de Direito, a possibilidade de intervenção por parte do Estado. Serviria quase que como uma válvula de escape do Estado liberal, que em regra não poderia atuar muito, para resolver questões “limítrofes”.<sup>4</sup>

No primeiro capítulo, traçaremos um percurso histórico do conceito de polícia até a formação do direito administrativo. O objetivo será o de demonstrar que o conceito de polícia do Antigo Regime (cuja amplitude semântica permitia e servia para a racionalização do intervencionismo monárquico) não desapareceu totalmente após as revoluções liberais, conservando uma carga de sua significação para o contexto linguístico pós-revolucionário. Além do mais, o capítulo servirá para situar contextualmente a formação da dogmática jus-administrativa tanto em sua forma discursiva quanto nas relações de poder. Trabalharemos, então, com a sub-hipótese que o papel do direito administrativo, na Primeira República, foi reelaborado de

---

<sup>3</sup> A afirmação da frase merece contra-peso: outra característica identificada pela historiografia em vários exemplos da Primeira República é a limitação da estatalidade. O que acontece é que, enquanto nas grandes cidades (e.g., Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, etc.) e em suas proximidades as intervenções são evidentes, em lugares mais afastados dos grandes pólos urbanos a presença do Estado é proporcionalmente menos perceptível.

<sup>4</sup> A hipótese não é inovação do autor, partindo de apontamentos feitos em SEELAENDER, 2012

forma a não mais tratar principalmente da legitimação estatal (como no Império), mas sobretudo para promover ações normativo-disciplinadoras por parte do Estado. Por fim, tentaremos demonstrar outra sub-hipótese: a de que o direito administrativo começou a ser desenvolvido após o período de instabilidade política das primeiras décadas republicanas, desvincilhando-se do direito constitucional

No segundo capítulo, iremos às fontes primárias para analisar os conceitos de Estado, administração pública e direito administrativo. As análises serviram para demonstrar a sub-hipótese de que, na maioria das vezes, não há a confirmação de uma forma “bruta” de liberalismo. Vários autores criticam o Estado totalmente liberal-individual e sustentam a intervenção em certas áreas – muitas vezes as mesmas áreas em que trabalharão com o conceito de “polícia” e poder de polícia em outras partes de suas obras.

No terceiro capítulo, o enfoque recaíra no instituto jurídico do poder de polícia. Será perceptível as relações dos posicionamentos políticos e doutrinas estatais sustentadas pelos autores com suas formulações do conceito de “polícia” e poder de polícia. Esses institutos adquirem um peso essencial para desenhar os primeiros esboços de um Estado Interventor, servindo como intervenção genérica e válvula de escape do sistema liberal. Ficará evidente também a ênfase na função de controle social do poder de polícia, por exemplo, ao regulamentar o meretrício, os menores abandonados, o jogo, e proibir os “meetings” públicos.

Principalmente por lidar com conceitos que atualmente possuem significados e utilidades singulares, deve-se adentrar nas fontes do universo jurídico da Primeira República com cuidado. Tomamos como premissas certas características próprias desse imaginário jurídico diferenciado: a) o conceito e a abrangência do direito administrativo; b) o papel da constituição e o direito constitucional. A raiz do problema aqui é exatamente o fato de tentarmos interpretar o conceito de “direito administrativo” da Primeira República utilizando o nosso conceito “direito administrativo”. No fundo, há dois conceitos de “direito administrativo”: um, de qual partimos; e o outro, o encontrado nas fontes. A não

percepção dessa diferença de dois significados para o mesmo significante poderia nos induzir à diversos erros anacrônicos. De pronto, apontamos a problemática de modo a advertir o leitor.

Seguiremos algumas premissas metodológicas sugeridas pela “história dos conceitos” (*Begriffsgeschichte*) ao analisar as fontes. O estudo utilizará, conjuntamente, a categoria de “ato de fala” do contextualismo linguístico, nos moldes propostos por Quentin Skinner. Mesmo cientes que a junção destas duas metodologias não se efetua de modo pacífico<sup>5</sup>, os lances textuais e retóricos serão analisados pragmaticamente como “atos de fala” em torno de conceitos-chave.

---

<sup>5</sup> Citando algumas dificuldades dessa combinação metodológica, FERES, 2009, pp.11-22

## ESTADO DA ARTE

### 1.1 DA “POLÍCIA” À ADMINISTRAÇÃO

O conceito de polícia possuía conotações diversas na mentalidade política do Antigo Regime. Só ao longo dos séculos XIX e XX esse conceito foi reestruturado – semanticamente delimitado ou até mesmo substituído por outros conceitos - por consequência das fraturas intelectuais provocadas tanto pelo pensamento político liberal como pela mudança de paradigma jurídico ocasionada pela revolução francesa (legicentrismo). Diferentemente da atualidade - quando o termo geralmente é utilizado para se referir à instituição que assegura a segurança pública -, sua semântica terminológica era mais complexa e foi a chave utilizada para racionalizar e discutir “atuação estatal” do Antigo Regime.

Vale lembrar que a história da utilização do conceito de polícia e sua vindoura substituição na linguagem jurídico-política também é a história do surgimento do Estado moderno; ou, melhor, da transição de um Estado puramente “jurisdicional” para um Estado “administrativo” atuante. É recorrente, ainda hoje, a recepção acrítica do mito historiográfico liberal de que no Antigo Regime havia um Estado forte (“Estado de polícia”), que apenas foi limitado e enfraquecido após as revoluções liberais. Diante do surgimento de investigações históricas, realizadas nas últimas duas décadas, contrárias à tal perspectiva, a retroprojeção do conceito de Estado e de centralização não se sustentam mais com tanta facilidade. A interpretação que adotamos é exatamente a oposta: o projeto de um Estado forte, politicamente “consumado”,<sup>6</sup> detentor do monopólio jurídico e cuja administração é

---

<sup>6</sup> Com “consumado” entende-se, nas palavras de Paolo Grossi: “O fato de ser consumado significa (...) omnicompreensividade, ou seja, um poder de caráter fortemente projetual que tende a controlar toda manifestação do social, tendo como programa o monopólio do social” (p.12)

amplamente atuante somente é concretizado posteriormente à queda do Antigo Regime.<sup>7 8</sup>

Antes de tratar do itinerário histórico da elaboração teórica em torno do direito administrativo, todavia, devemos enfrentar e esclarecer algumas questões conceituais intrinsecamente relacionadas com a problemática da historiografia do Estado mencionada: aquelas que surgem ao tentar relacionar a “palavra” com a “coisa”. De forma mais clara, avaliar os significados e consequências que podem ser atribuídos ao surgimento da palavra (direito administrativo) no seu contexto linguístico.

É recorrente a explicação de que a expressão “direito administrativo” surgiu para representar algo que já existia<sup>9</sup>, ou seja, o aparecimento da palavra é colocado em termos de descoberta. Para fundamentar tal afirmação é utilizada a dúplice evidência de que em qualquer sociedade minimamente complexa o poder público não poderia deixar de assumir uma série de funções de caráter “administrativo”, e de que atividades dessa natureza não poderiam ser reguladas exclusivamente pelo “direito comum”.<sup>10</sup>

O pano de fundo deste discurso, todavia, delineia um caminho único e evolutivo no qual o ponto de chegada é o Estado liberal. A especialização do direito administrativo representaria a adequação do Estado, antes absolutista, a princípios liberais. Ao mesmo tempo, fica isento o Estado liberal da responsabilidade pela criação de um padrão de autoridade que caracteriza a ordem estatal moderna e

---

<sup>7</sup> Nas palavras de Mannori e Sordi: “Lo Stato Amministrativo, allora, non è tanto un prodotto dell'antico regime quanto della sua crisi – della crisi costituzionale di una società poliarchica e giuridicamente frastagliata, che per secoli aveva conservato nelle proprie mani le più essenziali responsabilità di governo, demandando al grande Leviatano soprattutto funzioni di garanzia e di arbitrato.” (2006, p.14)

<sup>8</sup> Uma crítica elaborada e aprofundada da historiografia, quanto ao tema, encontra-se na introdução de “Às vésperas do Leviathan” (HESPANHA, 1994)

<sup>9</sup> Como apontam Mannori e Sordi: ““Ne è nato un modello interpretativo declinabile in molti modi, ma basato comunque sul postulato che la 'cosa' approssimativamente corrispondente all'espressione 'diritto amministrativo' abbia cominciato a esistere molto, se non moltissimo tempo prima dell'invenzione della parola”(2006, p.6)

<sup>10</sup> MANNORI e SORDI, 2006, p.6;

contemporânea. A administração é concebida como realidade previamente existente ao invés de construção pós-revolucionária.

O que pretendemos demonstrar, a partir da seguinte exposição, é que o saber jurídico do direito administrativo não serviu tão somente para sistematizar um emaranhado de normas dispersas, ou para adequá-las a novos paradigmas jurídicos (como a legalidade e as limitações estatais por direitos individuais), mas muito mais para construir uma forma inédita de autoridade pública.

A trilha até a construção do Estado moderno será delineada aqui de forma a demonstrar as conexões entre o conceito de polícia e administração, leis de polícia e direito administrativo – muito embora já deva ficar o alerta de que há profundas rupturas que separam e diferenciam esses conceitos.

A descrição, infelizmente, pecará por sua demasiada generalização e esquematicidade. As linhas tortuosas da história são cheias de continuidade e descontinuidade, paralelamente, cada contexto expõe variadas especificidades – ambos elementos tornariam demasiadamente complexa a descrição detalhada dos processos de longa duração aqui analisados. O intuito, aqui, é o de tecer linhas gerais pelas quais pode-se perceber, mesmo que em linhas grossas, os vínculos entre os conceitos direito administrativo/leis de polícia administração/polícia.

### **1.1.1 POLÍCIA NO ANTIGO REGIME**

A constelação de poderes que simboliza a estrutura política medieval pode ser descrita como uma “rede” ou como uma “teia”. A metáfora explica uma estrutura de poder marcada pelo pluralismo político, no qual não existe um ponto de convergência e concentração do poder político; esse poder encontra-se, na verdade, diluído entre diversos “corpos” - Coroa, clero, estamentos privilegiados.<sup>11</sup> O

---

<sup>11</sup> Em poucas palavras, uma sociedade anti-individualista e descentralizada politicamente: “O resultado que pretendemos salientar e que sobressairá em toda a nova experiência é o protagonismo de uma natureza cósmica, não compreendida, mas sentida com toda a sua enorme carga de forças misteriosas; o



relacionamento pluralista dentro dessa ordem cria, por sua vez, um pluralismo jurídico no qual confluem e convivem normas advindas de diferentes pólos sociais.

Em tal contexto, a legitimidade do monarca encontrava-se essencialmente em sua função jurisdicional, como mantenedor da justiça e, secundariamente, como garante da paz. Como afirma Antonio Manuel Hespanha:

O poder era, por natureza, repartido; e, numa sociedade bem governada, esta partilha natural deveria traduzir-se na autonomia político-jurídica (*iurisdictio*) dos corpos sociais. A função da cabeça (*caput*) não é, pois, a de destruir a autonomia de cada corpo social (*partium corporis operatio propria*, o funcionamento próprio de cada uma das partes do corpo), mas por um lado, a de representar externamente a unidade do corpo e, por outro, a de manter a harmonia entre todos os seus membros, atribuindo a cada um aquilo que lhe é próprio (*ius suum cuique tribuendi*); garantindo a cada qual o seu estatuto ('foro', 'direito', 'privilégio'); numa palavra, realizando a *justiça* (*justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*, [a justiça é a vontade constante de dar a cada um o que é seu], D., I, 1, 1, 10,1). **e assim é que a realização da justiça – finalidade que os juristas e politólogos tardo-medievais e primo-modernos (séculos XIV-XVI) consideram como o primeiro ou até o único fim do poder político – se acaba por confundir com a manutenção da ordem social e política objectivamente estabelecida.**<sup>12</sup>

Impunham-se, a partir de tal arranjo, diversos entraves e limites à “soberania absoluta” do monarca, definidos pela teoria política e sustentadas pelo imaginário da época.

Primeiramente, a coroa era consideravelmente limitada pelo ordenamento jurídico. O príncipe deveria obedecer a lei fundamental de seu reino. Ele também não poderia insurgir-se, ao julgar ou legislar, contra a lei natural e a lei divina. Deveria, ademais, manter respeito para com os direitos adquiridos, as sentenças proferidas e os privilégios concedidos. É certo que esse monarca possui, além de sua *potestas ordinaria*, uma *potestas extraordinaria* capaz de revogar quaisquer desses direitos, realizando um “milagre jurídico”. Tão certo era, entretanto, que essa

---

desenvolvimento, o dilatar-se e a consolidação de uma ordem comunitária, ou seja, de muitas comunidades protetivas em que a sociedade se organizava e se diversificava. Natureza e ordem comunitária, entidades reificantes, impediam o fortalecimento de qualquer processo de individualização e tendiam, melhor, a sepultar no seu interior as individualidades. **Em nível social, não emerge o indivíduo, criatura que seria condenada à morte na sua solidão de modo não diferente ao da formiga sem o seu formigueiro; em nível político, não emerge um poder que possa ser qualificado como consumado.**” (GROSSI, 2007, p.12, G.N.)

<sup>12</sup> 2005, p.114-115, G.N.

*potestas extraordinaria* apenas poderia ser usada parcimoniosamente e em casos excepcionais.

Em segundo lugar, a estranheza em relação à atividade legiferante realizada pela Coroa. O caráter voluntário da ordem política – isto é, a concepção de que o direito e a constituição teriam sido instituídos pela vontade consciente de um legislador - só começaria a ser solidificado, não sem dificuldades, como princípio (ou até pressuposto) na mentalidade jurídico-política ao final do séc. XVIII.<sup>1314</sup> Antes, o Direito era encarado muito mais como um fenômeno natural, escrito na natureza das coisas, o qual seria traduzido pelos juristas. A aquisição de um poder regulatório por parte da Coroa foi, em grande parte, decorrência do uso do conceito de “polícia” no contexto linguístico dos embates políticos.

A palavra remete, etimologicamente, à palavra grega *polis* (cidade, comunidade organizada), referindo-se a ideais como boa organização da cidade ou “bom governo”, “ordem” e “boa ordem”. Até antes da metade do séc. XVIII, polícia também poderia ser utilizada como sinônimo de “civilidade” e “urbanidade”.

A partir da analogia entre governo do reino com o governo da casa (“economia”), tudo aquilo que cabia ao pai de família (Hausvater) dentro de sua esfera doméstica, caberia, por equiparação, ao governante em seu reino. O monarca, dessa maneira, adquiria a legitimidade para emanar normas, interferindo (mesmo que indiretamente) na vida de seus súditos.

A elaboração filosófica em torno de “polícia” teve fortes influências do pensamento aristotélico - o modelo de sociedade, proposto em base por tais influências, sobretudo no neoaristotelismo luterano, apresentava *Gute Policey* (*bona*

---

<sup>13</sup> As batalhas entre uma Coroa com pretensões de expandir seus poderes contra um grupo de juristas podem ser exemplificada pela Lei da Boa Razão de Portugal, no séc. XVII

<sup>14</sup> Não era, ainda, somente a visão voluntarística do Direito que inexistia. A própria concepção de uma lei de imediata aplicação, que valeria igualmente em todos os casos, poderia causar perplexidade ao imaginário do Antigo Regime. Como demonstra a carta endereçada a Ignácio da Costa Quintela, desembargador e corregedor do crime da corte e Casa, na qual Alexandre de Gusmão contesta as atitudes daquele jurista: “(...) as leis costumam ser feitas com muito vagar e sossego (...) nunca devem ser executadas com aceleração; e (...) nos casos crimes sempre ameaçam mais do que na realidade mandam, devendo os ministros executores delas modificá-las em tudo que for possível” (p.45)

*administratio, gute Ordnung*) em um duplo sentido de situação e de atividade.<sup>15</sup> Essa atividade, no entanto, deve ser entendida como conservadora, no sentido de manter o *status quo*, não permitindo seu desvirtuamento. Neste primeiro momento, portanto, as “normas de polícia” geralmente eram utilizadas para manter a “boa ordem” ideal, tida como preexistente.<sup>16</sup>

Esta nova função disciplinante - que se traduz para o plano institucional como “poder edital de emanar ordenações de polícia” - estava, todavia, bem longe de ser atribuição exclusiva do monarca, dispersando-se pelo complexo panorama de sujeitos investidos de autonomia dentro do território.<sup>17</sup> Existia, destarte, uma interação entre esses sujeitos - tanto na confecção normativa como em sua aplicação prática.<sup>18</sup>

Ocorre que o conceito sofreu um alargamento semântico, já aparecendo - aproximadamente na metade do séc. XVIII - atrelado à noção de gestão interna racional do Estado. Segundo os moldes explicativos de J.H.G. Justi, tratadista da época, essa gestão serviria para promover a “felicidade da comunidade” - aqui identificada com a prosperidade dos súditos ensejadora do poderio do Estado.<sup>19</sup> Em

---

<sup>15</sup> STOLLEIS, 2008, p.454

<sup>16</sup> Tal fenômeno é melhor explicado nessa passagem de Seelaender: “(...) o choque provocado na sociedade pelas novas tendências econômicas e comportamentais fez com que o poder político optasse, muitas vezes, por combater as “novidades”, em nome da “conservação” do Estado e da ordem social tradicional vista como seu principal esteio. Cabia à “polícia”, nesse contexto, restaurar a “boa ordem”, combatendo práticas e vícios contrários aos valores tradicionais de roupagem cristã (jogo, bebida, prostituição, bigamia, desonestidade no comércio, sedução de freiras), bem como chocantes condutas novidadeiras (como o nomadismo dos ciganos e de camponeses desenraizados, ou a imitação, por burgueses ricos, do modo de vida aristocrático). **Especial ênfase era dada, aqui, à proteção das barreiras interestamentais e intraestamentais: regulava-se detalhadamente não só a ordem de precedências em todas as ocasiões imagináveis, mas também tudo o que pudesse indicar a posição social de alguém (roupas, chapéus, carruagens, caixões, formas de tratamento).** Daí o combate incessante ao luxo – que, além de perigoso para as almas e para o patrimônio dos súditos, podia ocultar escandalosamente as diferenças estamentais. (2009, p.76-77, G.N.)

<sup>17</sup> MANNORI e SORDI, 2006, p.137

<sup>18</sup> Como exemplifica Thomas Simon, ao tratar de “normas de polícia” concernentes ao disciplinamento social de vadios: “(...) Sobre tudo nos séculos XVI e XVII as ‘normas de polícia’ surgiam contínua e repetidamente através de negociações do senhor territorial (“*Landesherr*”) com distintas comunidades sociais que haviam, elas próprias, impulsionado tal processo, exigindo providências. Eram os municípios e os órgãos de representação estamental, especialmente, quem costumava informar sobre a necessidade de regulação. Na fase da implementação da norma configurava-se um quadro idêntico. A implementação não era, simplesmente, um procedimento realizado de forma unilateral, com base apenas no comando e na coação. Pelo contrário, a implementação consistia em um complexo procedimento de interação, em cujo desenrolar se envolviam tanto os servidores do Estado quanto as elites locais” (2009, p.138).

<sup>19</sup> SEELAENDER, 2009, p.77-78

tal lógica, o bem-estar do Estado é idêntico ao de seus súditos, ou seja, aquilo que faz o Estado mais forte é vantajoso para eles. Com efeito, não é reconhecível a diferença entre objetivos estatais e fins privados neste esquema.<sup>20</sup>

A forma de compreender o conceito mudava, principalmente, porque a lógica não era mais da conservação mas do fomento. Em outras palavras, o príncipe intervinha na vida de seus súditos não mais apenas para manter a “boa ordem”, mas moldava-os, dirigia-os, e instrumentalizava-os para aperfeiçoar e fomentar as atividades do todo. Além de sofrer uma secularização causada pela racionalização (o que afastou os fundamentos moralistas da temática para apresentá-los em bases racionais), “polícia” passava, então, a englobar diferentes áreas da sociedade quase que com pretensão absoluta. Poderiam ser considerados como “matéria de polícia” tanto a segurança pública, o controle populacional ou o acúmulo de riquezas e poderio do Estado quanto o planejamento urbano, a agricultura, o combate à vadiagem, a saúde pública e o disciplinamento de trabalhadores.

A crescente abrangência do conceito refletia as contínuas tentativas de expansão das atividades por parte de monarquias que tinham de lidar com o acirramento das disputas territoriais na Europa continental. Em Portugal, a correlação entre expansão estatal e ampliação do conceito é indicada pela ampla variedade temática de leis em que aparecem a palavra *polícia* e *policial* e pela própria intensificação de atividade legislativa por parte da Coroa.

A “polícia” não foi expressada somente em uma dimensão normativa (própria de uma estatalidade paternal típica do Antigo Regime), mas também como “ciência” do Estado, nascida dos intentos de arquitetar sistematicamente os saberes em prol de um Estado fiscal-militar. A “ciência da polícia” (*Policeywissenschaft*) possuiu peso muito significativo no contexto germânico – no qual a Prússia foi o primeiro território onde criaram cátedras universitárias sobre o assunto e teve a obra de Justi como um dos primeiros e mais importantes tratados acerca do tema. A temática de “polícia” logo seria racionalizada conjuntamente com a “cameralística” e

---

<sup>20</sup> STOLLEIS, 2008, p.508

outros saberes do Estado – a pretensão absoluta da “polícia” em matérias demandava um saber absoluto.<sup>21</sup> Ressalta-se que a “ciência da polícia” era menos saber jurídico e mais racionalização da administração absolutista com o auxílio de todos os saberes úteis para otimizar os objetivos do Estado.

A emergência da “ciência de polícia” e do “cameralismo” forçava a administração vinculada ao paradigma jurisdicionalista a ceder lugar para outras formas de governo e regulação da sociedade. Essencialmente porque as práticas de polícia propunham problemas muito diferentes dos equacionados pela administração jurisdicional: à *police* interessava definir um plano de ação e escolher os melhores meios de executá-lo; à *iurisdictio* importava assegurar os direitos adquiridos e o ordenamento jurídico-político.<sup>22</sup>

A criação de “tribunais de polícia” e “intendentes de polícia”, cuja competência privada para julgar afastaria da Justiça ordinária os conflitos decorrentes das medidas de polícia, constituiu o reflexo direto da intenção de centralização e ampliação da Coroa e foi causa de uma série de conflitos entre magistrados e os agentes da Coroa. Desenvolveu-se uma modalidade própria de processo, que pode ser denominada “processo de polícia”, em que “garantias e formalidades foram suprimidas, prazos encurtados, recursos eliminados ou reduzidos”.<sup>23</sup> Tentou-se até proibir as interpretações das normas lastreadoras desses processos para evitar que tivessem seu rigor atenuado por meio das argumentações dos juristas.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> A estatística surgiu nesse momento como um dos principais saberes auxiliares, que proporcionava ao monarca um desenho de quantos súditos possuía, como era sua estruturação familiar, quantos suprimentos possuía seu país, etc. (a própria raiz da palavra vem diretamente da palavra “Staat”).

<sup>22</sup> SUBTIL, 2011, p.257-274

<sup>23</sup> Trantando sobre Portugal, Seelaender escreve: “Para as ‘pessoas achadas’ em ‘culpável ociosidade’ previam-se ‘processos simplesmente verbais’. Quem fosse pego esmolando sem licença deveria ser logo levado ao Intendente Geral da Polícia ou a seus comissários, os quais, ‘ouvindo verbalmente os Réus, sem outra ordem, nem figura de Juízo’, já lhes imporiam as penas. No que tange, então, às leis sobre os ciganos do Brasil, autorizava-se a aplicação da pena de degredo na África ‘pela mais leve transgressão’, ‘sem mais ordem, e figura de Juízo, nem por meio de Apelação, ou Agravo, do que o conhecimento sumário’ – bastariam aqui ‘três testemunhas’ para que tudo se executasse ‘logo’ e ‘sem (...) mais recurso.’” (2006, p. 6-7)

<sup>24</sup> cf. SEELAENDER, 2006, p.6-7

Não obstante o alargamento dos campos considerados pela polícia, atribuídos aos intendentes, e os primeiros passos tomados para uma separação entre administração e justiça, o modelo regulador-judicial permaneceu prevalente: a lista dos deveres públicos foi incrementada, mas esses continuavam a ser realizados de forma indireta, através de uma ação materialmente regulamentar que, no momento em que se traduz em ato de autoridade, requer a necessária mediação da autoridade jurisdicional.<sup>25</sup> Seria anacrónico, por conseguinte, pensar em uma máquina administrativa capaz de providenciar - substituindo a rede corporativa articulada no território - uma série de serviços públicos à coletividade.

Mesmo com a criação das intendências e dos “processos de polícia”, o Antigo Regime continuou a ser uma sociedade de ordens e estamentos – a centralização ainda estava apenas em germe. O intendente serviu sobretudo como um árbitro ou negociador dos interesses locais e centrais, desempenhando a mediação, moderação e coordenação entre eles. O poder da intendência não se concebia sem o apoio de oligarquias citadinas, as “cadeias de cumplicidade urbanas contribuem para tecer as redes de autoridade que subordinam a cidade ao Estado e o campo à cidade”.<sup>26</sup>

Por ausência de uma administração verdadeiramente executiva os instrumentos continuam sendo aqueles típicos do Estado jurisdicionalista:

Quello che è ancora assente nel Settecento è proprio ciò che caratterizzerà la declinazione tutta contemporanea del servizio pubblico: la “gestione amministrativa”; la soddisfazione di una serie di bisogni elementari attraverso la prestazione di utilità collettive direttamente erogare da apparati amministrativi a questo appositamente deputati. Con la fase mercantilistica della stagione settecentesca della polizia si sono aperti soltanto nuovi ambiti e nuovi spazi per l'attività di regolazione del principe.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> MANNORI e SORDI, 2006, p.141

<sup>26</sup> cf. LADURIE, 1994, p.14-16, 22-23. O exemplo usado por Ladurie para a ilustração é o de Domfront (que acumulava diversas funções – sendo funcionário tanto da Coroa como parte efetiva da comunidade local) no começo do séc.XVIII: “o senhor de Surlandes é prefeito e tenente da polícia, mas é também subdelegado do intendente, e cunhado do coletor de talhas. Representante simultâneo da cidade e do rei, está imerso até o pescoço nos negócios por vezes suspeitos, da cidade, da prefeitura e dos campos circundantes” (1994, p.22).

<sup>27</sup> MANNORI e SORDI, 2006, p.159

Grande parte das áreas anteriormente tuteladas pela teoria da polícia e pelas “leis de polícia” passou, ao longo do século XIX, a ser tratada pelo direito administrativo. O conceito de “polícia” começava a ser afastado, delimitado e até repudiado pelos autores liberais que o consideravam demasiadamente atrelado à ordem antiga, sendo paulatinamente substituído pelo conceito de administração/direito administrativo e limitado como tarefa menor na estrutura administrativa. Ele carrega, entretanto, mesmo que veladamente, resquícios de uma racionalidade que é incompatível com o Estado de Direito – tal fato causará, dependendo do intuito, desconforto ou alívio aos juristas que irão manejá-lo dentro de discussões jurídicas posteriormente.

### 1.1.2 NASCIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O séc.XVIII representa, paradoxalmente, o apogeu e o declínio da “polícia”. Não obstante o exposto anteriormente, já começavam a ser corroídas, ao final do século, as bases do discurso de “polícia” por várias frentes: pelo iluminismo, pelo sentimento anti-absolutista dos revolucionários e por teorias econômicas como as fisiocráticas e liberais. Kant, ao rejeitar o conceito de “felicidade” do Antigo Regime, expõe o indivíduo – que agora auto-determina-se – como sujeito central no plano filosófico, destruindo as fundamentações intelectuais do empirismo eudemonístico. Humboldt atribui limitações à atuação estatal ao restringir um campo definido de quais seriam suas finalidades legítimas. Os fisiocratas e liberais encaravam o paternalismo estatal como superado devido à crença na auto-regulação por parte dos interesses privados que operavam o mercado.<sup>28</sup>

Na França, a Revolução acelerou a revisão radical do papel do Estado. A *Police* será substituída, logo nos primeiros passos da Revolução, pelo conceito operacional de *administration générale*. A administração nascia como fruto de uma

---

<sup>28</sup> SEELAENDER, 2009, p.79-80; STOLLEIS, 2008, p.515-516

soberania que acabara de descobrir a disponibilidade da sociedade política: por meio da lei – entendida como expressão da “vontade geral” da Nação -, o legislador estaria capacitado de, voluntariamente, criar aparatos administrativos e atribuir a estes suas respectivas funções. É verdade, todavia, que tais funções foram quase que herdadas do Antigo Regime – ou seja, eram em grande parte idênticas àquelas inventariadas pela “polícia”.<sup>29</sup>

O primeiro modelo adotado pelos franceses pós-revolucionários (o da departamentalização) estabeleceu um sistema novo de divisão distrital que, além de sua função eleitoral, serviu para três projetos distintos: uniformização e integração do reino; eficiência administrativa; e auto-governo local. As medidas tomadas na era napoleônica, cruciais para a transfiguração da administração pré-moderna em moldes modernos, excluíram o último componente da equação.<sup>30</sup> A lei de 28 pluvioso do ano VII (17 de fevereiro de 1800) transferiu as competências administrativas, que haviam sido anteriormente atribuídas aos *corps administratifs* eleitos, para três funcionários monocráticos cuja nomeação cabia ao executivo – o *prefét* no departamento, o *sous-prefét* no *arrondissement* e o *maire* na *commune*. Criou-se, assim, uma estrutura administrativa muito mais centralizada e apta a intervir com maior efetividade em locais periféricos, aumentando a capilaridade da administração pública. Quando proferiu o mote “Administrer doit être le fait d'un seul”, Roederer exprimiu, contudo, não só uma busca por eficiência, mas o

<sup>29</sup> Como colocam Mannori e Sordi: “Sembra di rileggere l'antico inventario dei compiti della *police*: sono spariti, è vero, delegitimati dalla ventata fisiocratica e dal trionfante individualismo, interi settori portanti della vecchia regolazione sociale: la religione, i costumi, la disciplina di arti, corporazioni, manifatture, **ma se la Costituente può rapidamente elencare i compiti dell'amministrazione generale, questo dipende in gran parte dal pedante lavoro di schedatura compiuto dalla letteratura di polizia. (...) Il campo teorico incentrato su *police* è stato sostituito da un campo teorico sinora ignoto nei suoi enunciati costituzionali e che fa ormai perno sull'amministrazione generale.**” (2006, p.209-210, G.N.); cf. também a fonte, apresentada por Rosanvallon, que demonstra o perfeito paralelo entre as atribuições do ministro do interior de 1800 com aquelas do intendente de polícia do Antigo Regime (p.296). Com as citações acima não se afirma, no entanto, que todas as competências da antiga “polícia” passaram à administração pública. Há um filtro que não permite certas atribuições da “polícia” sobreviverem na passagem ao Estado liberal – por exemplo, o controle interventor no setor econômico e religioso. Sem mencionar as novas exigências do Estado de Direito que a administração devia seguir, que impossibilitavam a continuidade de certas prerrogativas que possuía a “polícia”. O que procurou-se enfatizar aqui é uma mudança não abrupta entre “polícia” e as novas fórmulas “direito administrativo” e “administração pública”. As continuidades, entretanto, não devem eclipsar as descontinuidades, estas também relevantes para compreender todo o fenômeno histórico de transição descrito.

<sup>30</sup> WOŁOCH, 1995, p.54



deslocamento de toda atividade administrativa cumulada nas mãos do Estado – entendido como aparato, sujeito e complexo institucional separado da sociedade.<sup>31</sup>

Foi no período napoleônico, também, que começaram a esboçar uma dissociação entre administração e Justiça. A criação de uma justiça administrativa serviu para impedir a interferência de juízes em casos administrativos, ou seja, se a administração é o “ato de um só”, não se pode admitir estar sujeita a outro poder. Criaram-se, para tanto, duas das instituições mais importantes para o Estado administrativo oitocentesco: o Conselho de Estado e os conselhos de prefeitura. A fórmula “*juger l'administration, c'est encore administrer*” representou a racionalização *a posteriori* da não sujeição da administração ao judiciário.<sup>32</sup>

Devido ao caráter essencialmente repertorístico das primeiras obras sobre direito administrativo e à incapacidade das mesmas de elaborar uma teoria geral do direito administrativo, geralmente frisa-se a importância da jurisprudência do Conselho de Estado francês no modelamento de uma “espinha-dorsal” que faltava à matéria e de um complexo de garantias individuais que não obtiveram muita atenção do legislador. Ainda que haja razão na afirmação, se a jurisprudência alcançou tais objetivos foi unicamente porque houve uma doutrina capaz de refletir tais discussões de maneira coerente e de lhes atribuir um grau de auto-consciência.

A primeira produção dessas obras possuiu forte inspiração ideologicamente liberal. Além disso, mostrava grande preocupação em afirmar a autonomia administrativa. Tal preocupação, curiosamente, reduziu-se após as primeiras tentativas de consolidar o discurso no novo campo administrativo, passando a ser pressuposto indiscutível que a administração era um poder autônomo. Os autores conceberam o tríplice postulado que: a administração existe, não possui nenhum ponto em comum com a Justiça, e, justamente por isso, é poder. Tais dados eram encarados como fatos auto-evidentes, e, por conseguinte, subtraídos de críticas.

---

<sup>31</sup> MANNORI e SORDI, 2006, p.247-248

<sup>32</sup> MANNORI e SORDI, 2006, p.257-269 e p.284

Foi difundida, nos primeiros decênios novecentescos, uma noção residualista do direito administrativo cuja descrição era: tudo que concernia ao governo do país excetuando a confecção das leis e a ação da Justiça entre os privados. A administração, dessa maneira, confundia-se com a própria essência do Estado enquanto sujeito munido de vontade e orientado para a realização do interesse geral. E era reconhecida tão essencialmente como poder, que tinha de descrever em fórmulas uma potencialidade que extrapolava a dimensão jurídica. Foi assim que a “executoriedade” (i.e., a capacidade de fazer valer seus atos por si só) surgiu como atributo fundamental da administração pública.<sup>33</sup>

Essas primeiras obras de direito administrativo estavam, ainda, muito em dívida com o “direito de polícia”. Além de algumas homenagens feitas aos antigos tratadistas de “polícia”, aceitavam-se as “normas de polícia” que não foram explicitamente ab-rogadas após a Revolução sem critério diferenciado como normas da administração, ou seja, aceitáveis como objeto de estudo. Isto reconhecido, prevalece o fato de que o direito administrativo conta com uma diferença fundamental em relação a seu precedente setecentesco: a identidade daquele está menos em seu conteúdo e mais no fato de regular uma relação intersubjetiva entre indivíduo e administração pública.

O itinerário alemão, por outro lado, apresentou uma ruptura menos traumática entre “polícia” e “administração”. A transição de componentes estava conectada à política constitucional de cada principado. Onde havia constituição, uma divisão entre direito constitucional e direito administrativo foi rapidamente estabelecida, e a literatura jurídica voltou-se aos problemas de suas inter-relações. Onde a situação de ausência constitucional durou mais, como o caso da Prússia e da Áustria, todo o esforço voltava-se à questão administrativa – na qual “polícia” continuou, por grande parte do séc.XIX, sendo canal fundamental de reflexão teórica e de disciplina normativa das funções públicas.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> MANNORI e SORDI, 2006, p.279-285

<sup>34</sup> STOLLEIS, 2001, p.208-211

O núcleo da “ciência da polícia” começava, já ao final do séc. XVIII, a ser separado do estudo das “leis de polícia” - este último foi incorporado, mesmo que com hesitação, às faculdades de direito e tornou-se ponto de partida para o direito administrativo (*Administrativ-* ou *Verwaltungsrecht*). A divisão entre conteúdos substancial (i.e., que continha elementos históricos, políticos e econômicos) e jurídico vai se acentuando ao decorrer do séc. XIX - as reformas prussianas da formação administrativista sinalizavam uma tendência a priorizar o conhecimento jurídico e a preparação prática em detrimento dos estudos acadêmicos. Tal modelo obteve êxito em grande parte do território germânico, sendo assimilado ao longo do séc.XIX pelos outros territórios, enquanto a “ciência da polícia” foi perdendo seu prestígio - com exceção à Áustria, onde foi criada uma tradição particular de uma “ciência da polícia” adaptada à moldura de um Estado de Direito.<sup>35</sup>

O que deve ficar claro é que: as imposições do *Rechtsstaat* colocaram em cheque a “ciência da polícia”, que apenas com dificuldade, e não livre de controvérsias, conseguiu manter-se como disciplina válida. Nem a tentativa de renovar o saber na forma da “ciência da administração” (*Verwaltungslehre*) foi capaz de salvá-la ao final, perecendo à tendência do positivismo jurídico que ganhava peso.<sup>36</sup>

Os conflitos intensos envolvendo o conceito de “polícia” refletiam as dificuldades da transição do absolutismo tardio para um Estado constitucional com separação de poderes. Tal percurso histórico destituído de rupturas revolucionárias, mas rico em continuidades institucionais e permanências estamentais, apresentou tanto a consolidação da autoridade central por meio de reformas como, paralelamente, a progressiva “juridicização” de seu poder. A rigorosa redução da “polícia” às finalidades de segurança e prevenção, antes de 1848, permaneceu

---

<sup>35</sup> STOLLEIS, 2001, p.208-213

<sup>36</sup> Lorenz von Stein representou o último esforço em apresentar conjuntamente a *Verwaltungslehre* com o direito administrativo.

como uma demanda liberal – sem cumprir-se nitidamente, mas sendo tendência que paulatinamente crescia.<sup>37</sup>

Em ambos os países, o campo de atuação administrativa teve suas funções limitadas em virtude de dois aspectos importantes: o liberalismo econômico e as amarras constitucionais/legais que protegiam os direitos individuais. Mas, ao contrário do que se poderia supor, houve um acréscimo da atividade estatal e de suas funções durante a passagem do Antigo Regime para o Estado moderno. Talvez seja mais apropriado referir-se a um reagrupamento dessas funções: embora as áreas de comércio, vida eclesiástica e academia universitária tenham adquirido mais liberdade, o Estado continuou agindo em diversas áreas da antiga “polícia”, além de ter de lidar com os novos problemas decorrentes da industrialização e do aumento populacional.<sup>38</sup>

A fórmula “direito administrativo/administração” foi a solução encontrada para racionalizar as operações administrativas submetidas às constituições liberais. Mas foi sobretudo responsável pela vitória completa da hetero-administração, identificada no Estado, ante a auto-administração. Não existem mais corpos intermediários entre o sujeito e o Estado – a administração surge como poder, quase confundida com o próprio Estado, relacionando-se de forma direta com o indivíduo.

De maneira generalizada, pode-se destacar, portanto, os seguintes movimentos no quadro geral:

a) esforços de limitação do conceito de “polícia” - o qual passaria a ser entendido restritivamente como atividade de “segurança” e “prevenção”,

---

<sup>37</sup> STOLLEIS, 2001, p.226-227

<sup>38</sup> Referindo-se ao contexto alemão, Stolleis afirma: “The transitions among the functions of the state were pushed forward by radical changes in the social reality, which were occurring by leaps and bounds at the time. Included among these changes were the increase in population at a pace never before seen and industrialization, which presented the administration of the state with completely new tasks. (...) The state of the nineteenth century (...) attained those goals toward which absolutism had striven but never actually achieved: the unity of state powers, the complete creation of internal sovereignty, the building up of a unified public-law, guided civil service, and a modern system of taxation. With these instruments one could hope to master the social tension, the internal migrations of the population, and the challenges of the Industrial Revolution and could then begin to address the demands of the third estate of political participation. That these goals were not achieved in many cases is proven by the rebellions and revolution as much as by the mass emigration to America. (2001, p.214-215)

tendencialmente excluindo outras funções como o fomento econômico, moralização, etc.;

b) crescimento da centralização administrativa “fática” – criam-se novos cargos e funções (sempre mais estreitamente ligados com o centro), aumentam-se os quadros, racionaliza-se a burocratização por meio de formação acadêmica técnica e novos métodos de seleção dos funcionários públicos;

c) partição entre administração e Justiça – as brigas de competência entre esses dois poderes são contínuas e de longa duração, mas, ao final do séc. XIX, ambos os contextos francês e alemão adotam o modelo dual, criando uma Justiça administrativa independente da Justiça ordinária;

d) expansão de produção acadêmica jus-administrativa, a qual reforçava a administração como poder constituído do Estado.

### 1.1.3 MATURIDADE DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Ao decorrer do séc. XIX, o direito público conquistou autonomia e contornos jurídicos cada vez mais delineados. Em grande parte isso foi resultado do esforço dogmático de juristas que utilizaram o “método jurídico” (*juristische Methodenslehre*) para apurar institutos jurídicos próprios ao direito público - separando este da lógica do direito civil e criando um sistema geral de referências e dogmas próprios. A abordagem estritamente jurídica no direito público teve como precursor Carl Friedrich von Gerber (1823-1891). Gerber, civilista por formação e discípulo de Puchta, transpôs o “método jurídico” - já empregado na civilística – para o direito público.

Mas a distinção entre direito constitucional e direito administrativo ainda não era totalmente clara - alguns autores consideravam que o direito administrativo fazia parte do constitucional, entendendo como impossível separá-los; outros

sustentavam a completa autonomia do direito administrativo. Ocorria, no mesmo período, outra relevante cisão: a da “ciência da administração” (*Verwaltungslehre*)<sup>39</sup> e do campo puramente jurídico do direito administrativo.

Ambas cisões estariam concretizadas ao final do séc. XIX na Alemanha. O “método jurídico” e o *Rechtsstaat*, assim como fizeram com a “ciência da polícia”, tornariam a *Verwaltungslehre* obsoleta para o estudo do direito administrativo. O conhecimento histórico-político perdia qualquer elemento de validade perante o Estado de Direito, cuja lógica é o império da lei. Se determinada conclusão da *Verwaltungslehre* não fosse convertida em lei, ela não seria válida nem para o estudo do direito administrativo, nem para a aplicação da administração. Da mesma forma, a transição metodológica no direito público negava as fundamentações sociológicas e não-jurídicas da administração pública.

Otto Mayer representou um dos maiores marcos para o direito administrativo. Foi ele o responsável por aplicar o “método jurídico” (*juristische Methodenslehre*) – em consonância com a *Begriffsjurisprudenz* de Puchta e Jhering e também aquela ciência do direito público de Gerber, Laband e Jellinek - ao direito administrativo, projetando molduras integralmente jurídicas para a organização e a ação administrativas. O resultado foi a consolidação da “parte geral” do direito administrativo em sistema de princípios e institutos jurídicos, ou seja, a “construção” da dogmática jusadministrativa.<sup>40</sup>

Se por um lado Mayer foi adepto da linha proposta por Gerber, operando em clara polêmica com a *Verwaltungslehre*, de outra parte não deixou de existirem certos dissensos entre sua teoria e aquelas da escola do “método jurídico”. Mayer partia, no plano teórico, de pressupostos “realistas” - não conformando o Estado e sua atividade em dimensões puramente jurídicas. Além do mais, alguns autores, como Laband, não aceitavam a autonomia do direito administrativo.

---

<sup>39</sup> A *Verwaltungslehre* pode ser compreendida como a sucessora histórica da “ciência da polícia”, é um saber que engloba diversos saberes (e.g., história, política, filosofia, sociologia, economia), os quais seriam otimizados no intuito de racionalizar a administração.

<sup>40</sup> cf. FIORAVANTI, 2001, p.452-453; STOLLEIS, 2001, p.392

A verdadeira grande novidade do Estado de Direito é a aquisição de uma estrutura autônoma em senso jurídico da administração pública – não mais sujeita ao arbítrio do soberano ou às formas jus-civilísticas. A *Verwaltung* não é organizável segundo o direito civil, nem sequer como mero plano de realização de princípios constitucionais – como o primado da lei e a reserva da lei, os quais, inclusive, entram eventualmente em conflito. Maurizio Fioravanti demonstra tal tensão partindo do entendimento de *Polizei* de Mayer:

Come specifica componente della *Verwaltung*, la *Polizei* pone in rilievo di essa un aspetto diverso da quello dell'attuazione dei principii costituzionali dello Stato di diritto, consistente nel continuo ed incessante tentativo di mantenere in equilibrio le “wirtschaftlichen, geistigen, sittlichen Kräfte” della società. Di fronte allo Stato, non vi sono dunque solo individui con i quali instaurare rapporti giuridici, ed ai quali garantire la certezza di un limite all'attività statuale, ma anche una “Gesellschaft” intesa come complesso di *Kräfte* da mantenere faticosamente in equilibrio, anche con eventuale sacrificio delle libertà individuali, e dunque in possibile contraddizione con il *Formalismus* dello Stato di diritto.<sup>41</sup>

A criação de uma série de vínculos à administração pública – o processo de jurisdicização da Administração (*Verwaltung*) – não é destinada por inteiro, nem talvez em grande parte, à realização dos princípios constitucionais (ou do ideal de necessária concordância do ato administrativo com a lei), mas move-se, sobretudo, da necessidade de individuar “formas constantes” (institutos jurídicos) do agir administrativo. Estas representam também momentos de garantia a favor dos cidadãos, por permitirem previsibilidade da atividade do poder executivo.<sup>42</sup> O problema é que, estabelecida a autonomia da administração pública em um regime jurídico próprio, é concedida a ela a prerrogativa, fundamentada no “interesse geral”, de limitar alguns direitos individuais quando necessário.

O que importa:

a) O direito administrativo, assim como o direito público, adquire regime jurídico próprio – significa afirmar que a relação entre Estado/Administração e

---

<sup>41</sup> FIORAVANTI, 2001, p.486

<sup>42</sup> FIORAVANTI, 2001, p.475

indivíduo não é mais regida pela lógica do direito comum (lógica de igualdade entre as partes), mas por uma lógica de desigualdade jurídica pressuposta;

a.i) do que decorre uma separação ainda mais enfática entre Jurisdição e administração – a jurisdição comum não pode conhecer da jurisdição administrativa pois não compartilha dos mesmos dogmas;

b) O conceito de *Polizei* é revisto como instituto jurídico, mas que, em última instância (descrita como exceção), não obedece ou se limita aos moldes do Estado de Direito.

## 1.2 O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO NO IMPÉRIO

Para o presente tópico, a obra pela qual nos pautamos foi “Gênese do Direito Administrativo”, tese de doutorado escrita por Walter Guandalini Jr, a qual teve como objetivo compreender o papel do direito administrativo durante todo o período imperial brasileiro. Apropriou-se, como aporte teórico para sua interpretação, de dois paradigmas elaborados por Michel Foucault acerca das funções do discurso jurídico: a) um que legitima o Estado pelos caracteres da “soberania”; b) o outro que configura uma normatização disciplinadora. Para Guandalini, ainda que o direito administrativo de matriz européia tenha, no séc. XIX, sido desenvolvido predominantemente com base no segundo paradigma, o papel do direito administrativo no Brasil (nesse primeiro momento) foi o de legitimação do Estado, ou seja, em moldes mais condizentes com o primeiro paradigma.

O Império brasileiro pós-independência necessitava de um discurso que o sustentasse politicamente. Era impossível, aliás, o Império preocupar-se muito com o governo normalizador do território e da população, por pura impossibilidade material: não dispunha de um quadro suficientemente numeroso de funcionários que aplicassem a administração.<sup>43</sup> Os esforços dos jurisconsultos brasileiros ao longo do

---

<sup>43</sup> GUANDALINI, 2011, p.168



séc. XIX confluíram para legitimar e fundamentar o poder soberano do Imperador e o poder moderador como autoridade central - juridicamente superior a todos os demais, mesmo que não fosse factualmente capaz de realmente regular com tamanha intensidade. A função legitimante, porém, não foi sempre desempenhada da mesma forma – é possível detectar, a partir do discurso jus-administrativo, variações que traduzem modificações quanto às funções políticas efetuadas por esse discurso, assim como quanto à sua racionalidade e significado específicos em cada momento histórico.<sup>44</sup>

Ao focar o período de 1828-1858, que denominou de “pré-história” do direito administrativo brasileiro, o autor analisou as discussões ocorridas no Conselho de Estado do Império. Comparando tal instituição com sua correspondente francesa, Guandalini afirma que o Conselho de Estado brasileiro, em seus debates, tratou muito mais de questões políticas do que de questões propriamente jurídicas, enfocando muito mais assuntos sensíveis à legitimação e à estabilidade de um Estado centralizado.<sup>45</sup>

O período posterior, que abrange 1854-1879, presenciou a formação de uma ciência nacional do direito administrativo. O decreto nº 604 de 1851 incluiu as disciplinas de direito romano e direito administrativo nos cursos de direito brasileiros. A criação de cátedras incentivou a produção literária acadêmica – por exemplo, o conselheiro Ribas foi um dos primeiros professores de direito administrativo da Faculdade de São Paulo, sendo a partir de anotações de suas aulas que a obra “Direito Administrativo Brasileiro” seria publicada em 1866.

---

<sup>44</sup> GUANDALINI Jr., p.211

<sup>45</sup> O autor defende que “(...) enquanto na França o Conselho de Estado desempenhava uma função normalizadora de instrumentalização da intervenção da Administração Pública na vida privada dos indivíduos, criando uma jurisprudência de direito administrativo que contribuía para a ordenação da cidade, o disciplinamento dos indivíduos e a burocratização do corpo de funcionários do Estado, no Brasil Imperial do início do século XIX a instituição cumpriu um papel bastante diferente, como resultado do especial contexto político em que se encontrava o país: a função soberana de construção de um fundamento de legitimidade para um governo que desde a Independência precisava fortalecer sua posição como garante da integridade nacional, contribuindo para concentrar na figura do Imperador as idéias-chave de representação da Nação, felicidade do povo e equilíbrio do sistema político – assim como os poderes delas decorrentes. Ao fazê-lo, contribuiu para a manutenção do regime monárquico, a conservação da unidade nacional e a continuidade da sobrevivência do ente político no período pós-independência.” (GUANDALINI Jr., 2011, p.152)

Os anos 50 e 60 do séc. XIX, em termos da literatura jus-administrativa, podem ser representados pela reivindicação do caráter científico da nova disciplina, recusa de análise meramente textual de leis e pelo empenho em elaborar uma teoria unificadora da matéria. Além de tais fatores, alguns autores demonstram uma forte preocupação na “nacionalização” da disciplina, isto é, adaptá-la ao nosso contexto sem absorver acriticamente as doutrinas estrangeiras.<sup>46</sup>

Os doutrinadores desse período continuaram a tarefa de estabelecer o Imperador como figura central, fundamental para a ideal atuação da administração. Para Ribas, por exemplo, a administração deveria possuir unidade e independência para realizar adequadamente suas tarefas. Para tanto, a estrutura administrativa era tida como “distribuição harmônica” de funções, na qual o Imperador encontrava-se no centro convergente e moderador.

Os autores compreendiam o Imperador em sua função como poder moderador e como poder executivo. Ao “absolutizar a dupla função moderadora-executiva do Imperador”, promoveram a sua “mitificação jurídica, constituindo-o como fator de unidade e fundamento de legitimidade para a edificação de um Estado nacional brasileiro”.<sup>47 48</sup>

Mesmo ao tratar de questões de caráter tipicamente disciplinar, a abordagem tem a perspectiva de buscar compatibilizar tal arsenal teórico com o funcionamento concreto do dispositivo de poder soberano. A literatura procurava reforçar, ademais, os laços entre centro e seus funcionários. Dois objetivos eram concretizados por tais argumentos: por um lado, ênfase na figura do Imperador como alicerce jurídico-político da nação; por outro, contribuição para o árduo

---

<sup>46</sup> GUANDALINI Jr., 2011, p.159-161.

<sup>47</sup> GUANDALINI Jr., 2011, p.168.

<sup>48</sup> Apesar de enfatizarmos, pelas citações de Guandalini Jr., a função legitimadora do direito administrativo no Brasil, não é o mesmo que afirmar que tal instrumento era fundamental e único para tal finalidade. Não podemos deixar de notar que a liturgia cerimonial, a tradição, a simbologia da Coroa e a própria Constituição representavam “capitais simbólicos” bem mais importantes, além de possuírem um alcance maior, na tarefa de legitimação do poder no Império brasileiro. Mas como o foco, aqui, é o saber jurídico, restringiremos-nos a ele.

trabalho de construção de uma estrutura administrativa para o Estado nacional brasileiro (p.177-179, p.184). Conclui-se, em suma, que:

(...) o período entre 1854 e 1879 se caracteriza como fase de formação do direito administrativo brasileiro. Durante o período circula no ambiente erudito um discurso que lhe atribui forte papel constituinte-soberano, voltado à fundação do Estado brasileiro, pela atribuição de um fundamento de legitimidade ao poder soberano do Imperador. Essa função não é cumprida simplesmente com a atribuição de legitimidade ao poder soberano, mas através da construção mítica de um soberano criado para agir, ele próprio, como fundamento de um Estado sem fundamento – porque sem povo, sem nação, sem legitimidade originária –, na medida em que, responsável por assegurar a felicidade da população e satisfazer o interesse geral, age como fator de unificação de uma sociedade nova e heterogênea. (p.211)

Depois, a fase de 1879-1891 representou a consolidação do saber jurídico. A reforma do Ensino Livre permitiu um grau maior de independência às faculdades – em decorrência, não há mais tanto foco na legitimação do poder pessoal do Imperador por parte do saber jurídico, mas permanece a preocupação com questões relativas à organização do Estado. O Imperador, então, é tratado como apenas mais um elemento da ordem administrativa nacional; não se lhe atribui a responsabilidade de atuar como alicerce do sistema jurídico-administrativo, ou de garante da felicidade nacional, como nas obras anteriores. A preocupação com questões de legitimidade diminui, e o enfoque recai essencialmente na organização do Estado e na fundamentação do poder de governo. Tais obras começavam, ainda, a apresentar um caráter muito mais técnico que o das obras publicadas no período anterior, perdendo grande parte do teor político.<sup>49</sup>

Por outro lado, A inserção das matérias *Ciência das Finanças e Contabilidade do Estado*, *Ciência da Administração* e *Higiene Pública* no currículo do Curso de Ciências Sociais demonstrava indícios do começo de uma preocupação maior com a tarefa normalizadora e disciplinadora da administração pública,

---

<sup>49</sup> Em outras palavras: “Percebe-se aos poucos, (...) o lento desenvolvimento de um processo de burocratização da estrutura de Estado brasileira, que deixa de ser analisada a partir de seu vínculo com a autoridade pessoal do Imperador para se tornar objeto independente de estudo, com uma análise jurídica estritamente técnica de seus órgãos e funções. Verifica-se uma tendência de consolidação da autonomia científica da disciplina e de seu objeto, progressivamente tornados independentes do direito constitucional e daquelas tarefas de legitimação fundadora do poder político Imperial. (p.205-206)

indicando a tentativa de formar uma elite técnica e burocrática que fosse capaz de assegurar a intervenção do Estado sobre o corpo social.<sup>50</sup>

Por fim, há o breve período de 1891 a 1895, no qual se percebe a inserção definitiva de conteúdos “disciplinadores” no repertório do direito administrativo nacional - passando a se referir à atuação policial que o Estado realiza na sociedade. A transição de paradigmas é evidenciada pela modificação no programa das matérias de direito administrativo: este passou a ser apresentado, tanto na Faculdade de Direito de São Paulo quanto na de Recife, junto com a disciplina de economia política, em *Noções de Economia Política e Direito Administrativo*. No programa de economia política, já começavam a aparecer tópicos “típicos da atividade de intervenção normalizadora na sociedade pelo Estado”.<sup>51</sup> O programa de direito administrativo, no entanto, permanece “essencialmente jurídico, abordando o estudo das diferenças entre administração e governo, a caracterização dos atos e agentes administrativos, as disputas acerca da centralização e descentralização”.<sup>52</sup> Enfim,

Percebe-se (...) o início de uma nova fase na história do desenvolvimento da ciência do direito administrativo. Embora não haja obras específicas de direito administrativo publicadas neste curto período delimitado como objeto de pesquisa, **as transformações ocorridas no ensino da disciplina já demonstram uma guinada radical em sua orientação teórica e no tipo de funções desempenhadas pelo discurso científico em circulação**, que, superando os problemas relativos à legitimação da autoridade Imperial e ao fortalecimento da estrutura de Estado brasileira, **passa a se**

<sup>50</sup> cf. GUANDALINI Jr., 2011, p.196, p.213

<sup>51</sup> “No programa do Curso de Ciências Sociais da Faculdade de São Paulo o direito administrativo adquire imediatamente um caráter normalizador. Ministrada por João Mendes de Almeida Jr., a disciplina de *Ciência da Administração e Direito Administrativo* sofre o acréscimo de 10 novos pontos, além dos 38 que já eram abordados por Rubino (que se referiam essencialmente à construção do Estado), enfocando diretamente o estudo da ação do Estado sobre a sociedade – no que se aproximam muito mais do direito administrativo que se forma na Europa do séc. XIX. A situação não se altera no ano de 1892, quando a cadeira é assumida por Manoel Pedro Villaboim, que apenas reestrutura no programa o conteúdo disciplinar que já havia sido adotado por João Mendes de Almeida Jr. No Recife, porém, a mudança é um pouco mais lenta. A disciplina de direito administrativo é inicialmente assumida no Curso de Ciências Sociais pelo antigo professor da matéria na Faculdade de Direito, José Hygino Duarte Pereira, que em 1893 apresenta programa muito similar ao que já havia apresentado para a Faculdade de Direito em 1888. A situação permanece idêntica mesmo após a sua substituição em 1894 por Francisco Phaelante da Câmara Lima, que mantém o conteúdo do programa anterior, mas se modifica finalmente em 1895, quando Laurindo Leão modifica completamente o programa e inclui, além das questões típicas de organização do Estado, oito tópicos destinados ao estudo do modo como o Estado intervém sobre a sociedade” (GUANDALINI Jr., p.207-208)

<sup>52</sup> GUANDALINI Jr., p.207-208

**preocupar com a intervenção direta do Estado na vida social, buscando uma regulamentação minuciosa como aquela que se organizava na Europa de finais do século XVIII.** (GUANDALINI Jr., p.208-209, G.N.)<sup>53</sup>

De todo o exposto, podemos destacar que:

a) os juristas adquirem papel central na formação do saber que organiza e legitima o Estado - os esforços em concretizar uma “tecnicização” do saber causam a indisponibilização do saber para o leigo, ou seja, o monopólio do saber fica na mão dos juristas;<sup>54</sup>

b) o saber jus-administrativo pretende-se cada vez mais técnico e desvincilhado de componentes políticos – a tecnicização também efetua a despolitização do saber, ou seja, enquanto as ideologias continuam exercendo sua influência, o cientista expressa-se como “neutro” (legítimo sempre em suas decisões, mas isento de responsabilidade);

c) o desdobramento final do direito administrativo brasileiro no Império é o de assumir para si, cada vez mais, funções disciplinadoras;

### 1.3 DIREITO ADMINISTRATIVO NA HISTÓRIA DOS MANUAIS JURÍDICOS

A historiografia acerca da cultura jurídica na Primeira República é, ainda, extremamente lacunosa. Não houve, até o momento, nenhum trabalho significativo que tenha trabalhado detidamente as fontes doutrinárias de direito administrativo da época. A “parte histórica” apresentada nos manuais jurídicos é particularmente triste:

<sup>53</sup> Mesmo utilizando tal citação, alertamos que a afirmação de que “os problemas relativos à legitimação da autoridade Imperial e ao fortalecimento da estrutura do Estado brasileira” estavam superados, ao final do séc. XIX, é um tanto exagerada. O melhor talvez seja relativizar a citação: entendendo a crise de legitimação imperial como acalmada; i.e., os problemas de legitimação estavam superados apenas o suficiente para não ser mais encarados como centrais ou perigosamente críticos. Os limites da estatalidade e de sua estrutura continuaram evidentes, como já mencionado, até os anos republicanos.

<sup>54</sup> Esse monopólio é desestabilizado durante a república, com a crise do bacharelismo. Não significa necessariamente que o jurista deixou de ser percebido como o mais apto para tratar do direito administrativo. O exemplo, entretanto, de um engenheiro que escreve uma obra de direito administrativo no final da Primeira República (Aarão Reis) possibilita sustentar uma eventual quebra no monopólio do saber jus-administrativo por parte dos juristas.

geralmente formulada superficialmente, citando os autores mais influentes que escreveram no período sem maiores informações, tratando rapidamente do desenrolar histórico cujo resultado foi o contexto atual dos debates dogmáticos.

Há necessidade, não obstante, de levantar um apanhado dessa história presente nos manuais jurídicos, principalmente com intuito de diagnosticar a falta de pesquisa séria, cujo objeto seja o direito administrativo brasileiro. O período da Primeira República, dentro desta história dos manuais brasileiros de dogmática jurídica, com certeza é um dos mais injustiçados – explicado diversas vezes como pobre ou simples hiato até o impulso administrativo do pós-30.

Diego Figueiredo Morreira Neto escreveu em seu manual, de 1976, o seguinte:

A República, advinda em 1889 mas somente consolidada juridicamente em 1891, alterando fundamentalmente vários suportes doutrinários do direito brasileiro pela abrupta introdução da doutrina constitucional norte-americana, marcou o despertar de maior interesse pelo Direito Público em geral e, em especial, pelo Direito Administrativo. **Ainda assim, a produção da Primeira República, que vai da proclamação até a Revolução de 1930, foi apenas preparatória do surto que o Direito Administrativo experimentaria a partir de então (...)**<sup>55</sup>

Maria Sylvia di Pietro, em seu artigo “500 anos de direito administrativo brasileiro”, afirmou que, em relação ao trabalho doutrinário, “foi muito pobre no âmbito do direito administrativo, nessa primeira fase do período republicado, iniciada com a Proclamação da República, em 1889”. E, citando Ruy Cirne Lima, explica:

(...) “reside a causa dessa indiferença pelo Direito Administrativo na própria base, sobre que se fez assentar o nosso direito público. Foram as instituições dos Estados Unidos da América e os princípios da common law tomados para fundamento do nosso regime jurídico incipiente”. O autor acrescenta que o fundamento estava em contradição com o regime, pois aqui a Constituição de 1891, no artigo 34, nº 23, dividia o direito objetivo em civil, comercial, criminal e processual, enquanto a common law abrange, no conceito norte-americano, “os princípios que regem assim de uma parte a justiça repressiva, como, de outra, a direção dos negócios jurídicos e, de outra ainda, a conservação de interesse privado, a regulamentação das instituições domésticas, e a aquisição, fiscalização e transferência da propriedade; toca, destarte, todos os ramos da Ciência do Direito. O resultado dessa contradição é a incerteza das categorias jurídicas no nosso

<sup>55</sup> 1976, p.66, G.N.

Direito Administrativo: é o desconhecimento de pessoas administrativas, fora da União, dos Estados e dos Municípios; é o desconhecimento dos limites do domínio público, além dos que lhe assinala a propriedade da União, dos Estados ou dos Municípios; é o desconhecimento da doutrina dos atos administrativos, acima das prescrições do direito privado." (2000, p.16)

Mais ainda, alguns autores entendem o período da República Velha como decadente e prejudicial ao próprio desenvolvimento do pensamento jurídico, e.g., Themistocles Brandão Cavalcanti:

Na República sofreu o Direito Administrativo uma certa pausa que quase o postergou das nossas disciplinas jurídicas. Nas duas primeiras décadas, quase nada sobre ele se escreveu, os seus problemas nenhum interesse mereciam e talvez por isso mesmo, caímos em uma burocracia retardatária, cuja influência far-se-ia sentir até os nossos dias. Por outro lado, a falta de capacidade para isolar certos problemas do Estado das instituições privadas, refletiu-se prejudicialmente sobre o desenvolvimento dessa disciplina.<sup>56</sup>

Independentemente da possibilidade dos autores estarem reinterpretação a história de maneira ideologizada, cada um partindo de seu lugar de fala, o que fica claro é o forte preconceito com os escritos do período e a falta de um estudo detido e aprofundado sobre tais fontes.

#### **1.4 DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO NA PRIMEIRA REPÚBLICA**

É curioso o fato que a primeira doutrina de direito administrativo após a proclamação da república só tenha sido publicada em 1906, enquanto a última só o foi em 1923. Os primeiros anos republicanos foram conhecidamente conturbados politicamente. Houve demora de quase duas décadas até as novas estruturas políticas serem harmonizadas em uma estabilidade minimamente duradoura.

A hipótese que sugerimos para explicar tal fato é: enquanto que nas décadas de instabilidade política os debates de direito público centraram-se em torno do direito constitucional, a mínima estabilidade permitia que os esforços do

---

<sup>56</sup> 1964, p.33

governo e dos intelectuais se voltassem à atividade administrativa e sua dogmática jurídica. Tal fato não é só perceptível pelo aumento de leis administrativas e políticas públicas no começo do séc. XX, mas pela própria exposição dos textos jurídicos. Ainda na introdução de seu Tratado, Viveiros de Castro declarou a importância do estudo do direito administrativo no ramo do direito público:

(...) como observa Goodnow, os grandes problemas do direito publico moderno são de caracter quasi que exclusivamente administrativo. As mais importantes questões do Direito Constitucional estão resolvidas, e nesse ramo do direito parece impossível surgir uma hypothèse verdadeiramente nova; ao passo que o próprio período de formação em que ainda se acha o Direito Administrativo torna interessantíssimos os seus problemas, sendo o jurisconsulto obrigado a descobrir entre as theorias oppostas um critério seguro que o guie no exame de árduas questões na vida forense. (p.XIII)

Como epígrafe do livro “Noções de direito administrativo” de Alcides Cruz constava: “It may indeed lie safely assorted that the problems of administration are the important problems of the present; and that they receive the attention which in earlier times was given to problems of constitutional organization” (1910, p.IV) – passagem retirada de Faerlie em “National Administration of the United States.

Se o direito constitucional era muito mais voltado à estrutura de organização política do país (regulando as eleições, intervenções federais e somente alguns “direitos fundamentais”), o direito administrativo e a “Sciencia da Administração”, em contraponto, seriam os instrumentos jurídicos e técnicos verdadeiramente aptos para transformar a sociedade de forma mais positiva pelo Estado. A seguinte passagem citada por Alcides Cruz corrobora com a hipótese descrita:

“Quanto ao modo de actuar o Estado, basta ter presente a complexidade da estrutura deste, para vér que um só ramo do direito publico - o constitucional -, não póde dar a conhecer por si só o modo geral e o particular da actividade do poder publico. Elle ensina- nos a formação e a organização desse poder, **mas não basta, não é tudo ainda; a materia referente ao concurso de regras reguladoras da competencia das autoridades e ás suas relações hierarquicas, aos serviços publicos, á limitação de certas manifestações da liberdade individual, etc., não lhe compete, e sim ao direito administrativo.**” (1910, p.8, G.N.)

Viveiros de Castro foi pontual:



É perder tempo votar constituições e discutir direito constitucional, cujas conclusões científicas não hão de corrigir o mal, sem se cuidar primeiramente da *organização social e municipal do governo local*, que é a transição do estado de massa molecular sem individualidade à categoria de sujeito com personalidade e vida própria funcionando. (1914, p.85)

Os autores, por óbvio, tinham claros interesses em autonomizar sua disciplina do direito constitucional e elevá-la como essencial solução dos problemas nacionais. Primeiro, pelo prestígio acadêmico, a consolidação da disciplina e o aumento de sua importância poderiam proporcionar ao autor tanto respeito como novas oportunidades profissionais. Segundo, pelo prestígio político, pois influenciariam quase que diretamente as atividades do Governo por suas doutrinas. O que é certo é que o direito administrativo surgia como um dos saberes instrumentais aptos a auxiliar o Estado.

## **A DOCTRINA DE ESTADO E OS LIBERALISMOS – ENTRE TEORIA E IDEOLOGIA**

Antes de tudo, é preciso ter um apanhado dos conteúdos teórico e ideológico sustentados pelos intelectuais trabalhados nas fontes. De nada adiantaria pura e simplesmente tratar do “poder de polícia” e dos usos do conceito de “polícia” sem compreender minimamente o modelo teórico construído e delimitado por cada autor - no qual os institutos jurídicos são apenas peças que compõe um mecanismo maior.<sup>57</sup>

O presente capítulo, logo, tem como escopo o de individualizar os autores, captando suas diferenças e classificando-os. Para tanto:

a) questionaremos as fontes individualizando conceitos-chave da teoria estatal e do direito administrativo (e.g., Estado, administração, direito administrativo), ressaltando similitudes e dissonâncias nas formas pelas quais tais juristas tratavam esses conceitos;

b) buscaremos indícios de ideologias e vínculos políticos nos textos, procurando entender de que maneira tais escolhas influenciavam as percepções de cada autor sobre questões particularmente sensíveis à atuação estatal – v.g., a questão social, a normatização do trabalho e o higienismo.

c) outra maneira de individualizar cada obra é a de questionar sua forma e como ela se coloca perante o público, i.e., se é um tratado ou apenas “noções preliminares”, se é destinada à universidade ou ao público em geral, como foram divididas suas temáticas;

---

<sup>57</sup> Não se trata, aqui, de sustentar uma coerência entre os autores trabalhados. Pelo contrário, o que se pretendeu afirmar foi que o instituto jurídico de “poder de polícia” (tanto como o próprio conceito de “polícia” e “polícia administrativa”) só pode ser completamente entendido ao ser relacionado com a teoria estatal defendida por cada autor. Vale já deixar o aviso, todavia, de que os autores brasileiros tratados na presente pesquisa são em grande parte ecléticos. Os poucos livros que chegam ao Brasil, traduzidos ou não, e a fraca formação acadêmica local são dois fatores que contribuem na explicação de tal característica. O ecletismo teórico atrapalha muitas vezes na classificação de cada autor em determinada corrente, devido às eventuais incoerências apresentadas no texto.

Importante também será perceber o movimento generalizado de contínua separação entre “Sciencia da administração” e direito administrativo nas fontes.

Partimos, pois, das seguintes hipóteses, as quais procuraremos demonstrar:

i) O Estado, em sua dimensão teórica, não é descrito, nessa literatura, como puramente liberal – ou seja, já apresenta traços tendencialmente interventores;

ii) As fontes refletem o período em que a “Sciencia da administração” começou a ser definitivamente separada da sua respectiva contra-parte jurídica – enquanto a “Sciencia da administração” possui enorme peso na primeira doutrina escrita (a de Viveiros de Castro), a mesma importância não está presente nas obras posteriores;

## **2.1 GRAUS DE LIBERALISMOS**

O conceito de Estado, para a maioria dos autores, determina as tensões entre as esferas pública e privada, entre administração e indivíduo. É a partir desse conceito que se desdobram, mesmo que implicitamente, as discussões sobre atuação estatal. Ao analisar o que cada autor formula como modelo de Estado são perceptíveis algumas posições políticas e seu entendimento sobre liberalismo.

Ao tratar com tais modelos estatais descritos nas doutrinas jurídicas, talvez seja mais preciso referir-se a “liberalismos”, no plural – significa destacar a pluri-diversidade de perspectivas (que podem até estar decididamente em contradição umas às outras) pelas quais as teorias liberais foram apropriadas pelos intelectuais brasileiros.

Há indícios dessas diferenças de liberalismos, por exemplo, na posição de cada autor sobre quais devem, ou não devem, ser as finalidades do Estado. Enquanto aqueles que defendem mais fortemente o liberalismo em sua forma “pura”

tendem a apenas conferir ao Estado dever de segurança interna e da administração da justiça - buscando limitar ao máximo suas atividades -, os outros que não aceitam o modelo liberal mais radical conferem mais funções ao Estado.

### 2.1.1 VIVEIROS DE CASTRO<sup>58</sup>

A primeira edição do “Tratado de Sciencia da Adminsitração e Direito Administrativo” foi lançada em 1906, havendo republicações com alterações em 1912 e 1914. O livro é dividido em três partes (sem contar a introdução): uma parte inicial destinada à doutrina estatal e teoria política; uma segunda parte, a qual trata da “Sciencia da Administração”; e uma terceira parte, na qual discorre sobre as questões de direito administrativo propriamente dito. Tal divisão entre os conteúdos da obra demonstra uma grande preocupação em matérias “propedêuticas, além do vínculo do autor a uma, já em sua época considerada ultrapassada, tendência em expor o direito administrativo conjuntamente com a “Sciencia da Administração” (Verwaltungslehre).

Na obra de Viveiros há, como em nenhum outro autor trabalhado, uma tensão forte entre “Sciencia da Administração” e direito administrativo. A primeira recebeu grande atenção do jurista, como é possível notar pela própria estrutura da

---

<sup>58</sup> Augusto Olympio Viveiros de Castro (1867-19). Filho do senador Augusto Olímpio Gomes de Castro e irmão do também jurista Francisco José Viveiros de Castro, cuja especialidade era direito criminal. Formou-se na Faculdade de Direito de Recife (tal como o pai e o irmão), recebendo o grau de Bacharel em 1888. Logo depois de formado, foi nomeado Promotor Público da comarca de Santa Maria Madalena, cargo que foi exercido por pouco tempo. Ao regressar à sua terra natal, dedicou-se à advocacia. Foi nomeado, pelo decreto de 7 de agosto de 1891, substituto do Juiz Seccional do Estado do Maranhão - sendo exonerado a pedido. Transferiu sua residência para o Rio de Janeiro, onde foi nomeado, em decreto de 31 de dezembro de 1897, representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. Logo depois, tornou-se Diretor do mesmo Instituto (em decreto de 14 de maio de 1901). Foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o decreto de 27 de janeiro de 1915, preenchendo a vaga do então aposentado Amaro Cavalcanti. Também foi Lente Catedrático da antiga Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro, em 1907, onde lecionou as cadeiras de Direito Civil, Administrativo e Internacional. Por ocasião da fusão das duas Faculdades de Direito do Rio de Janeiro, solicitou exoneração do cargo de Lente, sendo-lhe conferido pela congregação da nova Faculdade o título de Professor Honorário. No Instituto Histórico e Geográfico, de que era sócio, fez um curso sobre a História Tributária do Brasil. A rede de relações políticas e acadêmicas de Viveiros de Castro permite compreender, de relance, sua situação no contexto social de seu período. Provinha de família bem estabelecida como elite - tanto política como intelectual.

obra. Não obstante, o autor deixou claro a impossibilidade da “*Scienca da Administração*” condicionar ou influenciar diretamente o direito administrativo. Em razão do Estado de Direito, a “*Scienca da Administração*” só pode ser fonte de direito administrativo se os resultados de tal ciência forem convertidos em lei (ou em poucas situações excepcionais, como a falta de legislação e jurisprudência)<sup>59</sup>. Mesmo assim, a “*Scienca da Administração*” compreende um terço de sua obra. Ainda mais, grande parte das matérias trabalhadas nessa seção do tratado são referentes à intervenção estatal (saúde pública, obras públicas, ensino público, intervenção nas relações de trabalho, etc.).

Quanto à utilidade de seu tratado ao público alvo, Viveiros de Castro alegou que os estudos de direito administrativo e da “*Scienca da Administração*” são de maior importância: a) aos juristas, pois seria impossível defender ou decidir sobre causas dessa matéria sem conhecer a fundo a natureza jurídica da função pública e das relações existentes entre o Estado e seus “empregados”<sup>60</sup>; b) aos próprios “empregados” do Estado, para que conheçam “a posição que ocupam no mecanismo social, quaes os seus direitos e deveres”, deste modo, “bem orientados sobre a missão que desempenham, elles hão de se impor á estima publica, porque a

---

<sup>59</sup> Ainda que a “*Scienca da Administração*” tenha uma enorme importância no escrito de Viveiros de Castro, essa não é suficientemente forte ao ponto de tronar-se hierarquicamente superior à norma jurídica como fonte, como escreveu o jurista: “Ensinando-nos qual a extensão, divisões e condições topographicas do paiz, o estado actual e os desenvolvimentos por que tem passado a população, a industria agrícola, manufacturera e commercial, a navegação, finanças, forças militares, instrucção publica, e outras instituições do Estado, por certo que fornece á sciencia da administração conhecimentos que ella não pôde preterir, mas que não influem immediatamente sobre o direito administrativo. Assim, por mais evidente que seja a theoria da economia política sobre a inconveniência dos grandes exércitos permanentes, das leis restrictivas do commercio ou dos impostos sobre os capitães, e quaesquer que sejam os dados comprobativos da estatística sobre estas ou outras questões, não podem servir de defeza aos administrados para se eximirem dos onus que as leis decretam, embora aquellas sciencias os condemnem. **Poderão, sim, servir para que o politico ou o administrador reforme a administração; mas, enquanto as suas theorias não forem traduzidas em leis e regulamentos, que operem esta reforma, não poderão influir de modo directo no Direito Administrativo.**” (1914, p.97). Assim, não se deve “fallar dum direito scientifico como se falla dum direito consuetudinario, porque falta ao jurisconsulto a auctoridade necessária para converter as suas convicções em preceitos e normas effectivas das relações sociaes.” (CASTRO, 1914, p.111)

<sup>60</sup> O art.13 da Lei 221 de 20 de novembro de 1894 – o qual, nas palavras de Viveiros de Castro, “estabeleceu uma acção especial para os casos de lesão de direitos individuaes por actos ou decisões das autoridades administrativas da União” - fazia com que o mundo jurídico fosse expandido, criando novas situações jurídicas para tutelar a responsabilidade por parte das autoridades administrativas. O caput da norma determina: “Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União”, enquanto que os parágrafos concernentes ao artigo trataram de questões processuais e procedimentais. (CASTRO, 1914, p.XV)

mola mais resistente do caracter é a consciência do próprio valor”; c) às “classes produtoras”, porque as interessa saber “até que ponto é licita a intervenção do Estado no regimen econômico, e quaes os meios usuaes pelos quaes se opéra a referida intervenção”; d) a todo cidadão, já que a ninguém “deixará de ser util ter pelo menos algum conhecimento das duas disciplinas que mais de perto estudam o Poder Publico em acção”.<sup>61</sup>

Os esclarecimentos expostos acima parecem apontar para a direção que esta obra estava voltada à formação de um quadro de funcionários qualificados, servindo, portanto, como um manual nas mãos dos futuros juristas, funcionários do poder público e até de empresários da iniciativa privada. Estes últimos principalmente porque, pela perspectiva liberal de Viveiros de Castro, possuíam um papel tão importante quanto os “empregados públicos”, não sendo tão distinguíveis em suas funções públicas.<sup>62 63</sup>

Na maioria dos pontos, o autor procurou, antes de expor seu ponto de vista (quando o fez), resumir as idéias de autores, quase sempre estrangeiros, sobre o assunto.<sup>64</sup> Na elaboração do tratado, há um vislumbre do método empregado, mesmo que genericamente descrito, no seguinte parágrafo da Introdução:

---

<sup>61</sup> CASTRO, 1914, p.XVI

<sup>62</sup> Os comentários de Araripe Junior à obra, citados pelo próprio autor, contribuem para esta interpretação: “Ao auctor da obra que estou examinando pareceu que **já era tempo de ministrar aos funcionarios, novos ou inespertos, um manual em que, sem esforço, e por uma leitura fácil, pudessem haurir as idéas elementares, que os devem guiar na vida burocrática.** Emprego o termo manual porque pela sua clareza synthetica e disposição das matérias á obra do Dr. Viveiros de Castro só falta o rigor didático de obras similares de origem americana para que se tornasse o guia exacto de que carecem as nossas repartições publicas; porque não basta que o empregado saiba de cór os regulamentos e a intelligencia que o Governo costuma dar ás suas diversas disposições; **é preciso que se estribe na consciência da posição que o serviço a seu cargo occupa na engrenagem do Estado.**” (CASTRO, 1914, p.XVI, G.N.)

<sup>63</sup> Rui Cirne Lima afirmou, de acordo com Themistocles Brandão Cavalcanti, que a obra de fato ocupou “(...) na literatura do Direito Administrativo da República, lugar semelhante ao que, na do Império, foi ocupado pelo Visconde de Uruguai”, sendo ela destinada à “divulgação extensiva da Ciência do Direito Administrativo” (1964,p.33). Cavalcanti, no entanto, discorda do entendimento porque a obra é “(...), de muito, mais extensa, o que sacrificou o trabalho de sistematização e análise de certos institutos de Direito Administrativo” (1964, p.33-34)

<sup>64</sup> Oswaldo Antonio Bandeira de Mello tem a opinião de que a obra de Viveiros é ““(...) sem método, com excessiva citação de opiniões alheias e com omissão da sua, faz com que a obra deixe de ter unidade de pensamento.” (2007, p.144). No mesmo sentido, repetindo as palavras de Oswaldo, José Cretella Júnior escreveu que a obra é “(...) assistemática, sem método, reprodução de várias opiniões de autores, quase sempre sem apresentar a opinião do compilador. É mais feliz nos capítulos em que se dedica à *Ciência da*

Empreendi então um trabalho de divulgação da doutrina jurídica, escolhendo entre as diversas theorias as que me pareceram mais verdadeiras ou menos discutíveis, illustrando a lição dos mestres (que procurei trasladar fielmente, embora resumidamente) com os nossos exemplos, e explorando o veio riquíssimo da legislação comparada, preferindo os paizes cuja organização mais se approxima da nossa.<sup>65</sup>

Passamos ao conceito de Estado. Nos primeiros passos de sua conceituação, Viveiros de Castro diferenciou sentido material e sentido formal do Estado: a) o primeiro explicava do que era formado o Estado, “o povo considerado como unidade juridica de homens em uma determinada sede, para o bem commum da vida e sob a mesma lei”; b) o segundo tratava da estrutura do Estado, “a propria organização jurídica da sociedade, o conjuncto das instituições, a hierarchia, a magistratura”.<sup>66</sup>

Na primeira acepção, o Estado é uma “composição intima de partes, tendo nexos necessários e reflexos entre si e com um centro”, um “todo orgânico tendo vida propria”; ou seja, traz à tona o Estado como um todo que, em conta de seu funcionamento orgânico, é mais que a soma de suas partes elementares. Defende, portanto, a teoria organicista do Estado. A significação servia para diferenciar o Estado de outros conceitos como: povo, isto é, a sociedade civil que é sua matéria; governo ou hierarquia, que é sua forma; e nação, que é a sociedade após serem “anexadas” suas condições etnográficas com o ordenamento jurídico.

A segunda acepção estaria intrinsecamente relacionada com a expressão *poder público*. Essa palavra “ora se toma em sentido geral abrangendo todas as instituições que cuidam do interesse publico, quer do todo, quer das partes principaes da associação; ora em sentido mais restricto, compreendendo apenas os serviços relativos a toda a associação”. Disto resulta, de acordo com o autor, que a “palavra” Estado corresponde a três outros conceitos “fundamentalmente idênticos

---

*Administração.*” (1975, p.207). Themistocles Brandão Cavalcanti atesta, também, a grande influência do autor espanhol Posada nos escritos de Viveiros (1964, p.34).

<sup>65</sup> CASTRO, 1914, p.XV

<sup>66</sup> CASTRO, 1914, p.3-4

porém, mudalmente diversos, e que se exprimem com diferentes denominações: *poder central, poder público, povo politicamente organizado*.<sup>67</sup>

Nitidamente expostos por tais argumentos foram a separação conceitual entre sociedade e Estado e a composição orgânica deste. Nessa teoria, Estado é algo diferente de sociedade - age nela, por ela e algumas vezes com ela, sem nunca se confundirem.

Após essa breve explicação terminológica, o jurista destacou que o elemento característico do Estado é a existência de uma “auctoridade” que se faz obedecer por meio de regras estabelecidas – ou, simplificando, o que o autor denomina de “coacção disciplinada pelo Direito”. Viveiros de Castro relaciona os conceitos de sociedade, Direito e Estado (tríplice que entende ser essencial para o estudo da “Sciencia da Administração”) da seguinte maneira:

A sociedade constitue o elemento material do Estado, isto é, a convivência dos homens que lhe dá origem e que depende exclusivamente de uma lei natural. Mas, na ordem social domina também um elemento *atomístico*, emquanto as relações de homem a homem são determinadas pelo fim egoístico, da satisfação das necessidades individuais, procurando cada um obter a maior somma de vantagens, embora com prejuízo de seus semelhantes. Ora essa tendência, se não fosse refreada, agiria como uma força dissolvente da propria sociedade; logo **se faz precisa a formação de um poder coercivo que assegure a existência da sociedade mediante as regras do direito, e assim surgiu naturalmente o Estado. Direito e Estado, portanto, são termos que reciprocamente se integram. O segundo deriva a sua genesis do primeiro, de qual é a mais alta expressão**; mas o *direito* também não poderia existir sem o Estado que lhe confere a força exterior, elemento inseparável na idéa do direito.<sup>68</sup>

Da mesma forma que muitos pensadores de seu tempo, Viveiros de Castro procurou fundamentar-se a partir de premissas do positivismo sociológico, refutando a teorização metafísica dos direitos naturais. Nega e contesta, por conseguinte, a “chamada *theoria do contracto social*” - que, em suas palavras,

---

<sup>67</sup> CASTRO, 1914, p.4-5

<sup>68</sup> CASTRO, 1914, p.6, G.N.



“personificada em Rousseau, não tem base científica” e “não resiste á mais ligeira analyse.”<sup>69</sup>

Seguindo “fielmente a lição de Posada”, exemplificou algumas teorias sobre a gênese do Estado famosas à época. Citando autores estrangeiros (como Summer Maine, Bachofen, Mac Lennan, Morgan, John Lubbock), trouxe algumas fundamentações do surgimento da entidade estatal. Tais entendimentos tratam, mesmo que partindo de hipóteses diferentes, do fenômeno como uma evolução histórica da sociedade a partir do embrião familiar. O que o autor evidencia ao fundamentar o Estado dessa maneira é sua inclinação teórica para o positivismo sociológico – a explicação do político e do jurídico não por uma teoria metafísica, mas por argumentos histórico-biológicos/evolucionistas.

Embora tenha surgido naturalmente, portanto, Viveiros de Castro defende que o Estado “deriva sua gênese” do Direito, e este não pode existir sem o Estado. Em tal moldura, Estado e Direito são dois elementos intrinsecamente ligados, ambos só podem existir concomitantemente. Com efeito, não há espaço para o Direito fora do Estado (negando qualquer existência de um direito natural ou direito não-estatal), mas o Estado está completamente sujeito às regras estabelecidas pelo jurídico, ou seja, é um Estado de Direito.

Viveiros de Castro contrapõe as seguintes teorias estatais: a que chama de “individualista” de um lado; e, diametralmente oposta, a “socialista”. Ao tratar da primeira corrente, que defende a máxima abstenção do Estado, o autor diz:

**Partindo de um principio verdadeiro, a escola individualista chegou a uma conclusão exaggerada.** A restauração da ordem-juridico-politica sobre a base da liberdade, é magnífica e scientifica. A liberdade é o primeiro dos direitos, o direito essencial á personalidade, a presumpção soberana, que não necessita de prova; mas não deve ser encarada como um fim e sim como uma faculdade, considerada na sua forma concreta e com o seu contheúdo vivificador, que é o bem social, e com a sua norma inseparável, que é a lei.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> CASTRO, 1914, p.14

<sup>70</sup> CASTRO, 1914, p.27

O jurista, portanto, condena o pensamento que exagera o princípio da liberdade individual ao impossibilitar qualquer atividade estatal. A liberdade, contudo, continuou sendo o elemento central da ordem jurídico-política. Assim, o Estado e o Direito devem servir para garanti-la - mas não possuem unicamente essa função. O Estado adquire novas atribuições: não deve simplesmente abster-se de atuação positiva, sendo a ele incumbidas algumas atividades suplementares - as quais não seriam realizadas eficazmente pela livre iniciativa dos indivíduos. Com efeito,

Direito e Estado não são conceitos antitheticos da liberdade, e sim harmônicos e garantidores dela. **O Estado não é um mal necessário, um espantinho, e sim um factor poderosíssimo do bem-estar social; não é um instituto de segurança publica, uma força negativa, é uma actividade ao mesmo tempo conservadora e aperfeiçoadora, promovendo incessantemente o progresso social.** Além disso, a acção conservadora é lógica e historicamente inseparável da acção aperfeiçoadora; a acção *negativa* também é freqüentemente inseparável e indistinguível da acção *positiva*, porque na ordem moral já se observou que se corrompe tudo o que não se move. (...) **Em resumo, a theoria da liberdade formal e do individualismo, parte duma idéa exaggerada da liberdade, e induz a um conceito do Estado, que está em contradicção com a historia e com a idéa ethica do mesmo Estado, insuficiente não só ao fim ideal, como também ao próprio objectivo que a escola individualista attribue-lhe de tutela do direito. Não basta dizer que o fim social deve ser realizado pela espontânea cooperação da liberdade individual, porque esta sempre deixa lacunas e imperfeições, que somente podem ser suppridas e reparadas pela cooperação do Estado.**<sup>71</sup>

Em contraponto, o socialismo designaria o “o systema economico-politico que exaggera a intervenção do Estado, como o individualismo exaggera os effeitos da acção individual”. O modelo de Estado socialista seria uma tentativa (fadada ao fracasso) de responder ao “doloroso espectáculo das calamidades sociaes” por meio da intervenção do poder público. A gerência dos diversos meios de produção pelo Estado sobrecarregaria este último, no entender do autor <sup>72</sup>, tanto quanto impediria

<sup>71</sup> CASTRO, 1914, p.27-28, G.N.

<sup>72</sup> “A origem subjectiva desse systema se encontra no doloroso espectáculo das calamidades sociaes, principalmente da miséria das classes proletárias e da iníqua distribuição de recompensas ao mérito e ao trabalho. Não podendo remediar-se este estado de cousas pela organização natural do Estado, concluem os socialistas que deve ser *artificialmente* pela intervenção do poder publico. A missão do Estado, portanto, não se limita á remoção dos obstáculos que porventura se opponham ao livre desenvolvimento das energias individuaes, a um simples trabalho de auxilio e vigilância; pelo contrario, o Governo tem o dever de gerir e administrar os interesses de todos, dirigindo para o fim commum a actividade individual. (...) Consequentemente, o socialismo reproduz a idéa imperial e autocrata do Estado onnipotente, não obstante

a criatividade, harmonia e agilidade da iniciativa privada. Importante notar que os termos “socialismo” e “socialista” não são empregados do mesmo modo que hoje, possuem um caráter mais geral e abrangente. O “social” de Viveiros de Castro está muito mais como o antônimo de individual do que para descrever o sistema socialista como entendemos atualmente.

Viveiros de Castro também procurou deslegitimar o socialismo afirmando que: a) exagerava o conceito de soberania do povo, pois esta última seria apenas “innata” e não “effectiva”, negando, desta forma, em última instância a ação soberana direta pelo povo <sup>73</sup>; b) há uma impossibilidade prática da participação “immediata” de todo o povo, que decorre das consequências caóticas dessa situação hipotética, e, ainda, pelo fato da gerência estatal ser uma atividade eminentemente intelectual, “imprópria das massas”<sup>74</sup>; c) é absurda a suposição de uma igualdade absoluta entre todos os homens, a qual só existiria no plano abstrato<sup>75</sup>.

Nas últimas críticas resta evidente o elemento anti-democrático da teoria de Viveiros de Castro. Não tão diferente quanto ao segmento liberal do liberalismo doutrinário, o jurista brasileiro abominava a possibilidade de conceder ao povo a

---

partir de princípios diametralmente opostos, isto é, não da vontade absoluta do soberano e da absoluta sujeição dos subditos, mas de um conceito exaggerado da soberania do povo, e de uma falsa apreciação das suas necessidades e dos meios de satisfazê-las. **No conceito romano se concedia demais ao Estado; no socialista se exige demasiadamente d'elle. Em ambos, porém, o poder publico é tudo, tanto no conceito do Principe Estado como no do Estado-Principe. A falsidade e o absurdo da doutrina socialista se demonstram pelos princípios e pelas suas consequências, encarados sob um aspecto racional, histórico e pratico.**” (CASTRO, 1914, p.28-29, G.N.)

<sup>73</sup> “**A soberania reside no povo originariamente e não effectivamente.** A vontade popular, expressa ou tácita, é o poder *constituente* e não o *imperante*. (...) As fórmulas mais puras e directas da democracia pressupõe uma organização, e, por isso, uma vontade no próprio povo, que constitue e ordena a forma democrata; a soberania, portanto, não é innata. **A idéa de uma soberania effectiva e immanente no povo, é absurda em principio.** Historicamente pôde haver, e tem havido, soberania sem ser precedida por uma vontade popular constituinte, o que, aliás, não exclue o principio de que o assentimento do povo, pelo menos tácito, possa ser concebido como elemento jurídico legitimante da soberania effectiva, mas prova que ella pôde ter a sua sede legitima fora do povo.” (1914, p.29-30, G.N.)

<sup>74</sup> “Convém não esquecer a impossibilidade prática da participação *immediata* de um povo numeroso no poder e no exercício de todos os actos de soberania, **além de se tratar de uma faculdade eminentemente intellectual, como é a mesma soberania, imprópria das massas, e que exige capacidade especial, cuja determinação é o producto de um convênio precedente.**” (1914, p.30, G.N.)

<sup>75</sup> “Não menos absurdo é o conceito da *egualdade absoluta*, a qual somente se encontra na *espécie*, isto é, na humanidade considerada em abstracto, sem se tomar em consideração as incontestáveis desigualdades individuaes.” (CASTRO, 1914, p.30)

soberania em sua forma absoluta e o seu pleno uso. Viveiros de Castro mostra-se, nessas passagens, como um liberal moderado, com várias ressalvas à democracia rousseauiana e outros modelos que concedem muito poder diretamente ao povo.

Diante do antagonismo das duas escolas, Viveiros de Castro tentou estabelecer o que chama de “fórmula racional” do intervencionismo estatal - essa estaria situada, de acordo com o autor, numa posição intermediária entre os extremos do individualismo e do socialismo:

**Entre as duas theorias extremas do Estado inactivo ou negativo e do Estado omnifaciente ha uma escala de grãos intermédios, que consideram-no como elemento e factor da civilização e do progresso, cooperador de todas as forças sociaes.** A variedade desses systemas intermédios se origina na diversidade de opiniões sobre os limites da cooperação do Estado.<sup>76</sup>

Após essas considerações, entretanto, o autor volta a relativizar sua teoria, em prol do liberalismo:

Theoricamente, o melhor partido a seguir, na resolução do problema, é lançar mão de uma fórmula *negativa*, e, em vez de investigar as razões da competência do Estado, procurar de preferencia as da sua incompetência. Em primeiro lugar o Estado não pôde competir com os particulares na producção da riqueza, visto ser um órgão conservador-coordenador, e não um órgão creador. Faltam-lhe todos os elementos indispensáveis para ser bem succedido nas empresas industriaes: o espirito de invenção, o estímulo do interesse pessoal, o da concorrência, etc. **O organismo administrativo é sempre uma machina pesada, cheia de engrenagens, que se move lentamente e com dificuldade. Em segundo lugar, a acção do Estado se manifesta sempre pela coacção, ou mediante as leis e os impostos. É, pois, um órgão essencialmente coercivo, que limita, mais ou menos extensamente, a natural liberdade dos indivíduos.**<sup>77</sup>

E, finalmente, concluiu que disso resultam algumas “regras geraes sobre a acção social do Estado”, as quais, resumidamente, possuem como princípio básico a maior abstenção possível do Estado em situações em que concorre com a iniciativa privada<sup>78</sup>. Mas que,

---

<sup>76</sup> CASTRO, 1914, p.31

<sup>77</sup> CASTRO, 1914, p.32-33

<sup>78</sup> Segue a passagem literalmente: “Do que fica dito resultam as seguintes regras geraes sobre a acção social do Estado: 1.º A acção individual deve ser à *priori*, salvo casos excepçionaes, preferida a do Estado, sempre que se tratar de empresas susceptíveis de remuneração, devido á superioridade do ponto de vista da concepção, da invenção, e das attitudes nas freqüentes modificações; 2º Mesmo tratando-se de serviços que podem ser

Feitas essas reservas, e contida nos devidos limites, a intervenção do Governo no que diz respeito ao melhoramento econômico, physico e intellectual da população, não póde deixar de ser benéfica, sendo especialmente util em todos os casos em que estiveram em jogo interesses demasiadamente geraes, ou se tratar de beneficios que somente depois de longo tempo possam ser auferidos.<sup>79</sup>

Ainda que a “iniciativa particular” seja preferível à intervenção estatal, o autor atesta que a “esphera da actividade individual não vai além do interesse próprio”, sendo esse interesse “circumsripto no espaço e limitado no tempo”. O Estado (que tem “por missão cuidar do interesse de todos”) deve, portanto, tomar as rédeas de determinadas atividades. Dessa maneira, o “horizonte do homem politico, do publico administrador (...) não pode deixar de ser mais vasto do que o do dono de um estabelecimento commercial ou industrial”, e alerta que uma “administração demasiadamente domestica e mercantil seria, muitas vezes, uma péssima administração social”.<sup>80</sup>

Além dessas considerações, havia o que denominara de “ grandes factores da civilização” (“religião, sciencias e artes”), que não admitiam a intervenção estatal. Do mesmo modo, a *economia pública* não poderia sofrer tais intervenções:

(...) não pertencem ao organismo do Estado, o qual não os determina nem aperfeiçoa, e, consequentemente, não os *governa*. A relação do poder publico com as suas instituições mesmo externas — a Igreja e a Escola — são essencialmente différentes das relações existentes entre a auctoridade e os subditos na esphera do Governo propriamente dicto. **Tudo lembra ao Estado que estas cousas não estão sujeitas ao seu poder; que não compete-lhe estabelecer regras, ordenar ou prohibir, e sim apenas fiscalizar e tomar cuidado. Da mesma fôrma deve proceder o Estado relativamente á *economia publica*.**<sup>81</sup>

---

desempenhados pelo Estado ou pelas sociedades livres, seja qual for a sua fôrma, é conveniente preferir-se estas, em virtude da flexibilidade de que gosam, da rapidez das successivas adaptações, do maior quinhão que concedem ao interesse pessoal, dos prejuízos menores que produzem, da responsabilidade melhor definida, e da concorrência que as contém e estimula; 3.º O Estado, sendo um organismo de autoridade, que emprega a coacção, ou ameaça usar della, é claro que se deve preferir a liberdade, sempre que se possa obter resultados quasi que equivalentes; 4.º O Estado deve usar da maxima circumspecção nos exemplos que der (com os salários dos seus próprios operários, com os preços dos fornecimentos, etc), para não lançar uma perturbação funesta nas relações sociaes. “ (CASTRO, 1914, p.34-35)

<sup>79</sup> CASTRO, 1914, p.34-35

<sup>80</sup> CASTRO, 1914, p.35-36

<sup>81</sup> CASTRO, 1914, p.40, G.N.

Por fim, Viveiros de Castro elenca, em decorrência das explicações anteriores, as seguintes funções do Estado como necessárias:

1. Garantir a ordem publica, e proteger as pessoas e bens contra qualquer violência; 2. Fixar as relações legais entre marido e mulher, e entre pais e filhos; 3. Regulamentar os modos de conservação, transmissão e permuta da propriedade, e determinar as responsabilidades de dívidas ou de atentados; 4. Determinar os direitos resultantes das convenções particulares; 5. Definir e reprimir o crime; 6. Distribuir a justiça em matéria civil; 7. Determinar as obrigações e direitos políticos, assim como as relações entre os cidadãos; 8. E dirigir as relações internacionais. Estas funções são exercidas pelo Estado seja qual for a forma de governo, e não se opõem aos princípios de Spencer.<sup>82</sup>

Enquanto que as seguintes seriam facultativas:

1. A regulamentação do comércio e da indústria, inclusive a cunhagem das moedas, a determinação dos pesos e medidas, as leis contra o açambarcamento, as questões relativas aos impostos, leis sobre navegação, etc.; 2. A regulamentação do trabalho; 3. A conservação das vias públicas, incluindo-se nesse número as questões relativas às estradas de ferro do Estado, e todos os melhoramentos internos; 4. O serviço postal e telegráfico; 5. A fabricação e a distribuição do gás, serviço das águas, etc; 6. O serviço sanitário, inclusive a regulamentação de certos ramos do comércio num fim de salubridade; 7. O ensino; 8. Manutenção dos pobres, e tratamento dos enfermos; 9. A conservação e corte das florestas, e outros serviços análogos, tais como os referentes à piscicultura; 10. E as leis sumptuárias.<sup>83</sup>

As fontes revelam uma certa dificuldade do autor em lidar com o equilíbrio ideal entre intervenção estatal e livre iniciativa privada. Ao mesmo tempo em que deslegitima as premissas do liberalismo “clássico”, o autor abomina a atuação intervencionista do Estado socialista - que se igualaria, em sua visão, ao Estado do Antigo Regime em seus “resultados funestos”. No geral, parece pender mais para o liberalismo, por razões econômicas – mas sempre com pequenas ressalvas. O autor pode ser considerado como um liberal, mas que de vez em quando mostra um resquício de posicionamento “conservador”, que não o permite expor-se totalmente e “puramente” liberal.

Viveiros de Castro apontou que o vocábulo “administração pública” era empregado “promiscuamente”. O conceito confundiria, no ver do jurista, as

---

<sup>82</sup> CASTRO, 1914, p.42

<sup>83</sup> CASTRO, 1914, p.42

significações: a) de “gestão de negócios”, retirada da ordem privada; b) de uma contraposição a “Governo”; c) contrariamente à anterior, de sinônimo de “Governo” contrapondo-se à “Justiça” - entendida como poder judiciário; d) de “serviço”.

O jurista apontou que o problema da confusão é o de dar um sentido muito amplo à palavra administração, confundindo-a com “Governo”. Para livrar-se dessa confusão, alegou ser necessário entender a “natureza e os fins” das funções de cada parte.<sup>84</sup> A busca destes elementos levou o escritor a rejeitar a “doutrina caduca da separação dos poderes”, a qual afirmava o funcionamento de cada poder estritamente delimitado e sem relacionamento com os demais poderes. A “doutrina” da separação dos poderes é pejorativamente taxada de metafísica por Viveiros de Castro, e por isso inepta para explicar devidamente o funcionamento dos poderes. Com efeito, utilizou a analogia do Estado como organismo para atacar a dita doutrina metafísica da separação de poderes.<sup>85</sup>

Nesse sentido, distingue administração de governo pela presença de autoridade, ou não, no ato de cada uma. Para o autor, há atos que “ordenam, proíbem ou permitem; que dão, tiram ou declaram direitos; que organizam as instituições da sociedade ou do Estado; que impõem gravâmes obrigatórios ao Fisco ou aos cidadãos”; sendo essas atividades exercidas com autoridade pelo governo, ao passo que a administração simplesmente gerenciaria os interesses estabelecidos

<sup>84</sup> Afirma que a didática é similar a um “professor de biologia”, pois caso este “distinguisse o coração do fígado, ensinando que o primeiro é mais importante do que o segundo, não daria grandes conhecimentos aos seus alunos. Si, porém, elle ensinar que o coração serve para distribuir o sangue por todo o organismo, e o fígado para rociar de bilis os alimentos, então os alumnos terão uma noção scientifica fundada na natureza diversa das funcções de um e outro órgão.” (CASTRO, 1914, p.386)

<sup>85</sup> “A doutrina caduca da separação dos poderes, segundo a qual o Estado seria um corpo inorgânico, composto de partes desconexas, pretendeu vincular cada funcção a um órgão especial e independente; mas, na realidade, todas as instituições publicas estão ligadas por um trabalho orgânico indissolúvel, e a maioria dos funcionarios superiores exercem attribuições de varias naturezas. (...) É, portanto, assentar uma noção muito errônea dizer que cada funcção do Estado está localizada de uma maneira privativa em um órgão especial e único. **O Estado é, sob muitos aspectos, um organismo cujos membros estão ligados entre si, e se affectam reciprocamente formando um consensus. Não pôde ser considerado um aggregado de partes desconexas semelhante a um mineral.** (...) É conveniente, portanto, que nos resolvamos a repudiar as conseqüências que na determinação das funcções administrativas poderia occasionar a doutrina metaphysica da separação dos poderes, a qual nos levaria a acreditar que em todo o Estado bem constituído cada instituição deve actuar independentemente, que nenhuma poderá encarregar-se de exercer attribuições extranhas á sua natureza, e que cada órgão do Estado deve ser um verdadeiro corpo dotado de vida propria. Mas uma organização semelhante não existe, nem poderia existir em parte alguma, porque os chamados corpos do Estado são na realidade simples membros de um organismo.” (CASTRO, 1914, p.387-388,G.N.)

pela autoridade.<sup>86</sup> Decorre que a administração é dirigida pelo governo, mas não se confunde com este, pois, não obstante a existência de um passado em que os dois estivessem acoplados, o aperfeiçoamento das instituições públicas gerou a criação de formas autônomas de atividade.<sup>87</sup>

O que resulta disso é a despolitização e autonomização da administração pública. Apesar de não conceder autoridade à Administração, o jurista a encara como um campo que deve ser diferenciado do Governo. Tal campo deve ser comandado mais por saberes técnicos do que por interesses políticos ou individuais.

O direito administrativo é o que regula a ação dessa administração. O Direito Administrativo é o “*direito politico especial da funcção administrativa do Estado*”.<sup>88</sup> O direito administrativo está dividido hierarquicamente:

As fontes do Direito Administrativo, como fontes do conhecimento são: 1.º as fontes primordiales immediatas: nossas faculdades intellectuales, pelas quaes o homem chega ao conhecimento da verdade; 2.º os factos do Direito Administrativo: os usos, práticas, costumes, jurisprudência administrativa; 3.º as leis, regulamentos e disposições de character administrativo; 4.º as opiniões dos auctores, decisões dos juristas. Não se deve, porém, fallar dum direito *scientifico* como se falla dum direito *consuetudinario*, porque falta ao jurisconsulto a auctoridade necessária para converter as suas convicções em preceitos e normas effectivas das relações sociaes.<sup>89</sup>

<sup>86</sup> “Essencialmente, a Administração não exerce autoridade, e, portanto, não é um poder, é simples gestão de interesses, guarda de institutos, prestação de serviços. Sem se alterar profundamente o sentido usual das palavras, não é possível dizer que exercem autoridade os empregados que têm a seu cargo a contabilidade fiscal, os serviços da hygiene publica ou do transporte ferroviário, encargos em tudo semelhantes aos dos empregados particulares. É o Governo que manda executar uma obra publica, a Administração a constroe; o Governo estabelece as bases para a celebração de um contracto, a Administração contracta; o Governo nomeia empregados, a Administração dá-lhes occupação; o Governo regulamenta os serviços, e a Administração os desempenha; finalmente, **emquanto a Administração serve, o Governo a dirige, a inspecciona, impulsiona e organiza. Ordinariamente todo o trabalho administrativo começa por um acto politico que o autoriza, decreta ou regulamenta. Compete á Administração facilitar o funcionamento de todos os poderes do Estado; nenhuma instituição pôde prescindir do seu auxilio.** Esta ingerência, porém, não autoriza confundir Administração com as instituições do Estado, erro em que cahiram insignes publicistas da escola allemã.” (CASTRO, 1914, p.390-391)

<sup>87</sup> “A analogia entre o organismo político e o organismo animal servirá para esclarecer a doutrina que acabo de expor. Assim como o tacto se distingue da audição na orelha, do olfacto no nariz, do gosto no paladar; assim se distingue a funcção administrativa da funcção política no governo, da funcção judiciaria nos tribunaes, da funcção docente nas academias, da funcção militar no exercito, etc. **Em summa. a Administração é uma das muitas funcções orgânicas do Estado que estiveram accumuladas nas mãos do Governo; e não é licito confundil-a com as instituições publicas, se bem que todas ellas administrem alguma cousa.**” (CASTRO, 1914, p.392)

<sup>88</sup> CASTRO, 1914, p.102

<sup>89</sup> CASTRO, 1914, p.111



### 2.1.2 ALCIDES CRUZ

O livro “Noções de direito administrativo” tem sua primeira edição publicada em 1910, com uma segunda em 1914. A obra foi escrita por Alcides Cruz com o intuito de auxiliar os alunos, através de uma “exposição summaria e abreviada” do conteúdo, na matéria “Sciencia da Administração e Direito Administrativo”, a qual lecionava na Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre.

Alcides Cruz, logo no prefácio de seu livro, atestou que a principal razão de ter escrito o livro foi porque jamais a literatura jurídica do país havia atravessado tão “assignalada crise” como aquela causada pela “extinção do regimen monárquico”.<sup>90</sup> E criticou enfaticamente a obra de Viveiros de Castro:

Tambem, tirante tres ou quatro capitulos, o resto ou pertence a *sciencia da administração* ou ao *direito constitucional*; isto mesmo é o que resalta da bibliografia apposta ao livro, a qual accusa lamentavel pobreza de fontes, bastando ponderar que quando em França já eram classicos os profundos estudos de Hauriou e Berthélemy, os dous eminentes jurisconsultos a quem a França deve a renovação do estudo do direito administrativo, nella não constam taes nomes, ao passo que a enumeração de constitucionalistas é copiosa.<sup>91</sup>

Iniciou seu livro a partir do conceito de Estado, afirmando que “A idéa de um poder independente exercendo-se coactivamente sobre a população de um dado territorio” é conceito fundamental da “maioria das definições ultimamente postas em voga, com o designio de exprimir a natureza do Estado”.<sup>92</sup> Em seu entendimento,

Nas definições offerecidas pelos modernos jurisconsultos encontra- se, pois, um duplo elemento - a collectividade e o poder dominador emergido do seio della. O Estado tambem não é nem um organismo vivo, como outrora se pretendeu, nem uma pessoa jurídica. É, sim, uma organização social.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> CRUZ, 1910, p.V

<sup>91</sup> CRUZ, 1910, p.VI

<sup>92</sup> CRUZ, 1910, p.1

<sup>93</sup> CRUZ, 1910, p.2

Há, neste arranjo teórico, como em Viveiros de Castro, pois, uma divisão e uma tensão entre dois elementos: a autoridade coerciva, de um lado; e a sociedade, de outro. Uma tensão, todavia, que não é descrita como antitética, mas como o projeto de uma relação que buscaria potencializar o progresso da sociedade. Em outras palavras, a autoridade coerciva está fundamentada em suas ações porque tem como objetivo o melhoramento da sociedade. A autoridade coerciva, aliás, só é entendida como legítima quando obedece as formas do Direito, partindo de fundamentos legal no exercício de suas atividades.

Ao negar as explicações do Estado como organismo vivo e do Estado como pessoa jurídica para enfatizá-lo como organismo social, o autor desvincula tanto a compreensão radicalmente espontânea e harmônica como também a concepção puramente jurídica da atividade estatal para adotar uma concepção mais “realista”. Significa que o Estado não está completamente subordinado ou condicionado a uma situação pré-determinada (natural ou jurídica), devendo agir de modo a se adequar às contingências sociais. À atividade estatal é conferida o dever de promover o progresso em setores cuja demanda fosse maior, mesmo naqueles em que a corrente liberal ortodoxa usualmente não aceitaria a interferência do poder público:

O Estado, fóra do ponto de vista rigorosamente juridico, desempenha uma missão social assás complexa, fazendo-o ingerir-se em tudo quanto o exigem as necessidades da época, e já não é licito considerá-lo como devendo ficar alheio á produção da riqueza, e á tudo aquillo outr’ora encarado como proprio da iniciativa e das explorações particulares.<sup>94</sup>

Há distinção, também, de acordo com o autor, entre Governo e Administração. O Governo serviria como “poder director que actua como representante da collectividade”. Ao exercer uma função de iniciativa inspiradora e orientadora da ação do Estado (formulando leis, concluindo tratados diplomáticos, declarando guerra, firmando paz), o Governo imprime orientação à marcha dos negócios públicos em geral. A Administração cuidaria de executar tais metas

---

<sup>94</sup> 1910, p.3

propostas pelo Governo. Tal divisão implica em dissociar o político do administrativo, despolitizando a esfera administrativa.<sup>95</sup>

Na definição de Alcides Cruz, a Administração é “o conjunto de serviços publicos que tem por objecto attender as necessidades e os interesses collectivos do Estado”.<sup>96</sup> Vale notar que a identificação da administração com os serviços públicos é bastante reforçada na segunda edição da obra, isto é, o serviço público adquire maior destaque nas revisões da segunda edição.<sup>97</sup>

A administração é, de acordo com o autor, essencialmente diferente da legislação justamente porque é atividade, e não mais puramente ação reguladora. Os serviços públicos são confiados a ministérios e foram divididos da seguinte forma: a) administração da Justiça e negócios internos<sup>98</sup>; b) da fazenda; c) dos negócios exteriores; d) militar; e) da viação e obras públicas<sup>99</sup>; f) agricultura, indústria e comércio<sup>100</sup>.

Segundo o autor, tal poder público não seria legítimo caso não se submetesse ao regime do Direito. E o regime jurídico ao qual o poder público é submetido é essencialmente o do direito público. Não obstante, contudo, o direito constitucional e administrativo tocarem-se em diversos pontos (sendo os principais ramos de direito público), o ramo administrativo é disciplina autônoma.

Sua definição de direito administrativo, na primeira edição, era de “complexo de principios de direito publico; que regulam o exercício da actividade do Estado nas suas relações entre a administração publica e os administrados”.<sup>101</sup> Tal

---

<sup>95</sup> A distinção entre governo e administração não é, contudo, nenhuma novidade.

<sup>96</sup> 1910, p.4-5

<sup>97</sup> cf. CRUZ, 1914, p.21,p.24

<sup>98</sup> “A organização da justiça publica e a nomeação das autoridades constituídas para o fim de tutelar o Direito, bem como a inspecção e o funcionamento delle. E mais: a promoção e a vigilancia, mediante impulso e adequada tutela, da cultura moral, intellectual e artistica do país” (CRUZ, 1910, p.5)

<sup>99</sup> “Promoção e inspecção dos interesses do progresso economico e, material do país, especialmente no que importa o transporte” (CRUZ, 1910, p.5)

<sup>100</sup> “Gestão dos interesses do progresso economico e material do país, especialmente no que respeita a industria sob todos os seus aspectos” (CRUZ, 1910, p.5)

<sup>101</sup> CRUZ, 1910, p.8

definição realça a relação jurídica “administração/administrado” como característica própria desse ramo jurídico. Na segunda edição, a definição mudou para “conjunto de principios de direito publico que regulam o exercicio da administração publica quer nas suas relações entre si, quer nas relações della para com os administrados”.<sup>102</sup> A mudança provavelmente indica a preocupação em equacionar as relações federais dentro do direito administrativo.

Para Alcides Cruz, entretanto, o direito administrativo não poderia ser reduzido à “simples recapitulação de textos legislativos”. Tampouco deveria estar totalmente vinculado ao poder executivo (para ele, a própria teoria da separação dos poderes não era totalmente verdadeira, sendo que todos os poderes, em grau menor ou maior, exercem outras funções). O direito administrativo abrangeria “toda a actividade juridica (não a social) do Estado, menos a ,da parte inerente ao objecto das outras disciplinas autonomas, enquadradas no direito publico”.<sup>103</sup> O resultado é uma definição residualista do direito administrativo: excetuando o estudo da atividade política do Estado ao elaborar leis e uma parte da sua ação judiciária, o restante das relações jurídicas recairiam ao campo do direito administrativo. Adicionou à segunda edição, todavia, que tal atividade administrativa revelar-se-ia “pela coordenação juridica que regula os serviços publicos”.<sup>104</sup>

Vale citar, ademais, novamente a passagem em que Alcides Cruz diferenciou direito constitucional e administrativo para entender os fins deste último:

Quanto ao modo de actuar o Estado, basta ter presente a complexidade da estrutura deste, para vér que um só ramo do direito publico - o constitucional -, não póde dar a conhecer por si só o modo geral e o particular da actividade do poder publico. Elle ensina- nos a formação e a organização desse poder, **mas não basta, não é tudo ainda; a materia referente ao concurso de regras reguladoras da competencia das autoridades e ás suas relações hierarquicas, aos serviços publicos, á limitação de certas manifestações da liberdade individual, etc., não lhe compete, e sim ao direito administrativo.**<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup>CRUZ, 1914, p.22

<sup>103</sup>CRUZ, 1910, p.10

<sup>104</sup>CRUZ, 1914, p.24

<sup>105</sup>CRUZ, 1910, p.8, G.N.

Alcides Cruz, ao longo do livro, demonstra que concede à administração diversas funções. Entre elas, por exemplo, cuidar dos serviços públicos das obras públicas, da viação, da caça, da pesca, das minas, do policiamento, etc. Tudo isso fica muito evidente quando o autor trata de poder de polícia, que será tratado adiante.<sup>106</sup> Passagem que demonstra isto, também, de forma mais sintética aparece quando o autor trata de ação administrativa:

A acção administrativa do Estado é constituída pelos serviços publicos, a cargo do mesmo. Especificando-os pela forma a seguir, teremos assignalado o funcionamento da administração publica diante as exigencias do Estado. 1.º o primeiro ramo administrativo, que apparece como indeclinavel funcção do Estado, é o financeiro; pois todos os serviços publicos acarretando importantes despêsa com o respectivo custeio, dependem da actividade economico-fazendaria do poder publico; 2.º o policial, como assegurado da ordem publica, dos bons costumes e da salubridade publica; 3.º o da defesa externa do territorio nacional, a cargo do exercito e da armada; 4.º o dos bens destinados ao uso publico, ou de todos, e o dos destinados tão somente ao serviço publico, formando assim o domínio publico e o dominio privado do Estado; 5.º o industrial do Estado, ou de transportes; e outros; 6.º o do ensino publico, literario, scientifico e artistico; o da assistencia publica.<sup>107</sup>

Alcides Cruz, portanto, mostra-se bem menos liberal que Viveiros de Castro. O jurista gaúcho apoia uma ação mais enérgica por parte do Estado, e não demonstra tanto receio ao lidar com o tema como seu precedente. Isso parece ser explicado em partes pela forte inspiração positivista e pela influência castilhistas.

### 2.1.3 OLIVEIRA SANTOS

O pensamento de Oliveira Santos distingue-se daquele dos outros juristas já analisados, pois pende muito mais para uma teorização mais tradicional, prezando acima de tudo o indivíduo e sua esfera intransponível de garantias e direitos. Além disso, demonstrou-se avesso ao que entendia como novidades acadêmicas - o

---

<sup>106</sup>cf. Capítulo 3 da presente monografia

<sup>107</sup>CRUZ, 1914, p.121

evolucionismo, o monismo, o positivismo -, defendendo muitas vezes o direito natural e a “escola espiritual”.<sup>108</sup>

A começar pela análise da própria noção que tinha acerca do que era e de onde surgia o Direito pode-se perceber a distinção. De acordo com o jurista,

(...) o direito, antes de ser a criação da lei, pela necessidade da coexistência dos homens em sociedade, é uma condição ingênita à natureza humana. (...) **ninguém o crêa pela vontade, pela lei, pela interferência do Estado, nem de ninguém. É um poder, uma força, que existe latente e brota espontânea em todos os períodos da existência do homem e estádios da vida social.**<sup>109</sup>

A concepção aqui apresentada, mesmo que não expressamente baseada em fundamentação metafísica<sup>110</sup>, entende o direito como natural, parte integrante do homem em sociedade. É difícil encaixar a teorização do autor porque parece que a mesma apresenta algumas contradições, mas a natureza do Direito, apesar de ser descrita como “facto”, também não se faz valer por si só.

<sup>108</sup>No que diz respeito ao estudo da gênese do Direito, afirmou que “(...) **nenhuma dessas sciencias, que são o positivismo, o evolucionismo e o monismo, nem todas conjuntamente se avantajam á Philosophia do direito no exame do caso de que nos occupamos.**” (1919, p.15-16, G.N.). Em apenso à lição primeira do livro há um texto escrito pelo autor no qual ele expõe mais claramente a sua aversão às recentes “ciências”. Para Oliveira Santos, era insustentável o menosprezo que a teologia sofreu pelos pressupostos positivistas. O positivismo, “desprezando a indagação da *causa primaria*”, negava a “existência de Deus, a quem substitue pela *Humanidade* (...) como a mais alta expressão, da *realidade que se conhece*”. Assim, nas palavras do jurista, “o orgulho do homem” tornava-o “idolatra de si mesmo”. A refutação do dualismo entre espírito e corpo, por parte do monismo, era o que incomodava Oliveira Santos. Por outra parte, o monismo que “de invenção em invenção”, chegou “(...) ao absurdo de sustentar que o homem descende do seu ancestral o macaco, sem disso oferecer outra prova além das afirmações hypotheticas, que, ainda agora, não conseguiram ser tidas como verdadeiras!”. A hipótese de parentesco irritou profundamente Oliveira Santos, que ironizava: “grande honra, para nós, o *descendermos* todos dos *primatas*, os *altos dignitarios* (na expressão de Haeckel) do *reino animal*!” (p.340-343). Escandalizou o autor, também, descobrir que Haeckel afirmava que “*animaes, vegetaes e protistas*, além da substancia organica, que se denomina corpo, têm *uma alma*!”. Oliveira Santos sustentou que o monismo partia de falsos pressupostos, era contraditório, assentava-se em “simples hypotheses” e era “profunda e substancialmente contrario á crença e ao sentimento da maioria de todos os povos” (1919, p.340-347). Na terceira lição do livro, ele volta ao tema, afirmando que as três ciências citadas, “todas diametralmente oppostas á theoria dualistica ou vital, sobre que assenta a escola espiritualista, base do nosso regimen politico”, perverteram “a verdadeira noção” do conceito de Direito, “que do mesmo nos dá a escola espiritualista” (SANTOS, 1919, p.57). As passagens demonstram a contrariedade do autor em face ao positivismo, o monismo e o evolucionismo. Em grande parte, suas críticas partiam da defesa da “escola espiritualista”, demonstrando a dimensão religiosa e tradicionalista do autor.

<sup>109</sup>SANTOS, 1919, p.17-18, G.N.

<sup>110</sup>Oliveira Santos afirmava que o direito natural é um “facto”, “attestado pela consciencia humana” (1919, p.18), fundamentando o fenômeno jurídico em um fator não metafísico. Em trechos posteriores, nos quais ataca o positivismo de Duguit, é possível perceber que Alcides Cruz talvez não teria tantos problemas em aceitar fundamentações metafísicas, pois as defende frente ao positivismo (cf. SANTOS, 1919, p.38). O que nos parece como provável é que Oliveira Santos não apresentou o conceito de Direito como formação metafísica muito mais pela pesada crítica que a teoria metafísica sofria no período do que por plena concepção de uma falha teórica.

Tal direito forma-se espontaneamente, e não pode ser deturpado pela vontade humana – isto é, não pode ser negligenciado ou violado por ninguém. É enfatizada, em sua explicação sobre a gênese do fenômeno jurídico, uma proteção à esfera individual dos cidadãos - a qual seria composta por alguns direitos naturais invioláveis (como a liberdade e a vida) - contra o poder público. Esses direitos não precisariam nem ser determinados ou prescritos pelo Estado, dado que são anteriores a este. Escreveu Oliveira Santos:

Sabendo-se que são direitos anteriores a qualquer convenção social, por se basearem nas leis eternas da razão e da moral, elles logo se manifestam nas relações de individuo para individuo, no trato da familia e da vida social. **Não teem, portanto, que ser prescriptos ou determinados pelo Estado. E se algum delles se encontrasse em opposição a outros direitos, não seria isto razão para que se negasse a sua existencia.**<sup>111</sup>

O que afirma, categoricamente, é que o Direito “precede a lei” - lei aqui entendida como lei positiva, escrita e emanada por uma vontade humana.<sup>112</sup> Fiel à tradição, o autor divide, destarte, duas dimensões da manifestação jurídica: o direito natural e o direito positivo. Na visão do jurista, os direitos naturais eram “immutaveis como um attributo, como um poder immanente do homem”. O mesmo, porém, não se dava em relação aos direitos derivados ou positivos, os quais variavam sempre, por isso considerados como “um producto cultural do espirito humano, concretizado em preceitos estabelecidos pela lei no interesse da collectividade social”. Em suma: o direito positivo surgiria de características próprias a cada agrupamento social em razão de contingências culturais, enquanto o direito natural seria o mesmo “em toda a parte”, não “differente *hoje do que será amanhã*”, “*immutavel, universal, inflexivel (...)* *abrangendo o mundo, todas as nações e todos os seculos*”.<sup>113</sup>

O Direito precede inclusive, como já mencionado, a lei na qual assenta a organização política e administrativa do Estado. Dessa lei

(...) resulta a formação do Estado, que se torna, desde logo, uma criação necessaria á coexistencia dos homens em sociedade. Do Estado deriva o

---

<sup>111</sup>SANTOS, 1919, p.22

<sup>112</sup>SANTOS, 1919, p.26

<sup>113</sup>SANTOS, 1919, p.25-27

princípio fundamental da autoridade, sem a qual não haveria *ordem jurídica*, sob cuja protecção precisam viver o homem; a família, a sociedade, a Nação e o próprio Estado.<sup>114</sup>

Significa afirmar que o Direito possui existência anterior à formação tanto do Estado como da lei positiva – não é o Estado, portanto, fonte originária do Direito. Perspectiva esta que impõe a noção de que o Estado não é detentor do monopólio do Direito. Por outro lado, é uma lei que forma o Estado, o que implica a conformidade do Estado a essa lei e a formas jurídicas. O caminho é Direito-lei-Estado. Em tal configuração, o Estado serviria como mecanismo que aplica o Direito expressado em leis e cuja finalidade é auxiliar o convívio social:

Aqui temos, pois, a lei como acto posterior ao direito, nascendo d'elle, por força da necessidade de sua observancia e manutenção. Essa organização compete ao governo do Estado, que, pela multiplicidade de suas funcções, reconhece, desde logo, a necessidade de confiar a diversos funcionarios ou agentes, distribuídos em diversos pontos do territorio do paiz, a execução das leis votadas pelo poder competente, o governo e a direcção dos negocios publicos. Exercendo essa funcção, o Estado age como órgão, que tem por funcção exprimir e applicar a idéa do direito, para o bem da collectividade. Exerce, por isso, uma funcção especialmente regulada pelo Direito Constitucional e Publico, do qual, pela necessidade da separação de funcções, se destaca como subdivisão ou ramo do seu tronco – o Direito Administrativo.<sup>115</sup>

Faz questão de deixar claro, portanto, que o interesse público não pode submeter os direitos invioláveis dos indivíduos, contrapondo-se a correntes que defenderiam a prerrogativa estatal sobre o controle do Direito. Em sua visão, as teorias publicista que defendem o “Estado onipotente” ou o “Estado patrimonial” - que afirma serem, em seus dias, “principalmente positivistas” - são baseadas na “mais abstrusa de todas as theorias”<sup>116</sup>; escreve:

Queiram ou não os partidarios da onipotencia do Estado, a verdade é que o principio fundamental de toda associação política é a conservação dos direitos naturaes e imprescriptiveis do homem, primeiro como *individuo*, depois como *cidadão*.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup>SANTOS, 1919, p.28

<sup>115</sup>SANTOS, 1919, p.28-29

<sup>116</sup>SANTOS, 1919, p.37-38

<sup>117</sup>SANTOS, 1919, p.48



A censura, portanto, cabe ao systema, que, esquecendo o principio divino e eterno da personalidade humana, antepõe ao mesmo o da primazia e da onipotencia do Estado! Desse principio, a consequencia é a sujeição absoluta, quasi escravizadora, do individuo a esse poder absorvente, que, desde a origem, é apenas o meio e não o fim da existencia humana, principio superior ao da existencia do mesmo Estado (...) **Por enquanto, bastará dizer-vos que os poderes do Estado, levados ao extremo pretendido por seus defensores, é uma das maiores aberrações, que tal doutrina póde produzir.**<sup>118</sup>

Para Oliveira Santos, tal teoria do “Estado Onipotente” era defendida, em seu tempo, principalmente pelos positivistas. O autor cita explicitamente Duguit e Hauriou como seus contendores nessa briga:

o nosso direito administrativo ainda não soffreu a influencia das idéas positivistas, da nova escola a que pertencem Duguit, Houriout e outros, cujo principio é o da prevalencia dos direitos do Estado sobre os do individuo. Nada justifica essa estranha doutrina, pura revivescencia do antigo predominio do Estado, posto em evidencia no tempo do imperialismo romano (...). Infelizmente, entre nós, o que de certo tempo a esta parte se tem observado é a tendencia dos governos e dos políticos regalistas para o estabelecimento, no paiz, da supremacia do Estado sobre o individuo! (...) Praticamente, elles agem de accôrdo com a nova doutrina, conforme a qual entre o Estado e o individuo não há *igualdade de direitos*; mas nunca se esqueçem de procurar justificar os seus actos, fazendo acreditar que os praticam em nome e no interesse do povo.<sup>119</sup>

A definição de direito administrativo para Oliveira Santos é: “(...) complexo de leis, destinadas a regular *as relações dos direitos e deveres reciprocas da administração e dos administrados*”.<sup>120</sup>

Ele distingue direito administrativo da “Sciencia da administração” - aqui apresentada como a ciência que “ministra aos dirigentes do Estado os conhecimentos necessarios para bem governal-o”. A elaboração do direito administrativo como lei, por conseguinte, deveria partir das soluções encontradas pela “Sciencia da administração”.<sup>121</sup> Mais uma vez, a “Sciencia da Administração”

<sup>118</sup>SANTOS, 1919, p.20-22

<sup>119</sup>SANTOS, 1919, p.213

<sup>120</sup>SANTOS, 1919, p.30

<sup>121</sup>Explicando mais, o autor escreveu: “É de accôrdo com ella que se estabelecem as fôrmas de que se devem revestir os actos dos executores da lei e dos investidos de qualquer parcerlla de autoridade na publica administração. É ainda de accôrdo com os ensinamentos dessa sciencia, que se decretam as leis

recebe um papel subserviente (no sentido de não poder fazer-se valer diretamente na prática) na dogmática jurídica do direito administrativo.

O jurista, entretanto, não se mostra favorável à atuação legiferante. Citando Jean Cruet, ele afirma que a sociedade sempre reforma a lei, mas a lei nunca reforma a sociedade. citando Gustave le bon ele critica o ideal de “*reformular a sociedade a golpes de decretos, e pedir ao Estado sua constante intervenção na vida social dos cidadãos*”, chegando até a criticar explicitamente o Estado brasileiro na atividade legisladora:

Sendo este tambem o mal do Brasil, cada anno que passa augmenta consideravelmente, em proporções extraordinarias, o numero de leis, que hoje se contam aos milhares, formando montões de duras obrigações para o povo, e constituindo o tormento dos que, pelos deveres da profissão, não podem deixar de as consultar. A consequencia, meus senhores, é que todos sentem o incommodo, a pressão, o vexame, o poder asphyxiante de tantas reformas imponderadas, hoje feitas, para amanhã serem logo desfeitas, ou substituidas por outras ainda peores, sem com isso melhorarem as condições de liberdade, de independencia e de bem-estar do povo, apesar das *intenções patrioticas*, com que nos procuram *felicitar* os nossos legisladores!<sup>122</sup>

Todo o Estado falla por sua voz e fixa assim o direito, revestindo-o de sua autoridade. A consciencia e a vontade do Estado formam na mesma um corpo visivel. A lei é o verbo perfeito do direito. Quer isto dizer, que a legislação é sempre de maior utilidade e importancia para a vida de um povo, comtanto que não se queira prever e regular tudo por meio de leis, augmentando desabaladamente o seu numero, como se dá. entre nós, até chegar-se ao excesso, justamente condemnavel, de uma legislação casuística, que, tolhendo a liberdade, fere direitos e atrophia o desenvolvimiento da Nação!<sup>123</sup>

Estado, para Oliveira Santos, é “a Nação soberana, constitucionalmente governada por fôrma e poderes pela mesma estabelecidos, em territorio por ella occupado”.<sup>124</sup> O jurista demonstra-se profundamente contrário às considerações

---

administrativas; que se estabelecem as fôrmas dos actos e as condições dos seus processos; que se organizam as repartições publicas de natureza administrativa; que se determinam as funcções dos órgãos administrativos do Estado; que se regulam, emfim, os serviços confiados á sua direcção no interesse da comunidade social. É, portanto, uma sciencia que tem, além de um corpo de principios e doutrinas, baseadas no conhecimento exacto e raciorinado dos factos sociaes e no estudo das leis e phenomenos que regem esses factos, a sua parte regulamentar e technica.” (SANTOS, 1919, p.210)

<sup>122</sup>SANTOS, 1919, p.33

<sup>123</sup>SANTOS, 1919, p.218

<sup>124</sup>SANTOS, 1919, p.35-36

positivistas de Duguit – as quais negavam a existência da soberania e da delegação nacional – usando-o como contraponto. O Estado, então, criado pela nação soberana é dirigido pelos representantes votados por eleições diretas. Oliveira Santos ainda deixa claro que o povo nunca perde sua soberania. Caso os “delegados do povo”, abusando ou exorbitando, “no exercício do mandato, dos poderes que lhes foram conferidos”, traírem a causa do povo em “assumpto tão grave, a ponto de comprometterem não só a integridade, como até a propria existencia do paiz”, não há de se negar a legitimidade do povo de destituir e punir legalmente tais pessoas.<sup>125</sup> <sup>126</sup> Em comparação com Viveiros de Castro, por exemplo, a teoria de Oliveira Santos demonstra-se mais democrática em tal aspecto. A contraposição, ressaltada pelo autor, é a do povo com o Estado. A preferência ao povo antes do Estado, como afirma a seguinte passagem:

*Salus populi*, diz expressa e positivamente a maxima: A salvação, portanto, de que a mesma cogita, é do *povo*, e não do *Estado*, cujo conceito, como sabeis, é, em tudo, diverso daquillo que se entende por *Nação e Povo*. Por consequencia, entendida a maxima romana, tal como eu a comprehendo, não tenho duvida em acceital-a como a expressão mais synthetica dos *deveres primordiaes do Estado*.

Quanto aos fins do Estado, dividiu em três ordens distintas de deveres: i) os de ordem jurídica; ii) os de ordem moral ou intelectual; iii) os de ordem política. Salientou, nos primeiros, o da proteção devida pelo Estado aos direitos individuais - citando Kant e Fichte ao afirmar que o principal fim do Estado é a “segurança do direito” (além de fazer referência a Krause por intermédio da leitura de Ahrens). Nos segundos, atestou que o Estado: a) por parte moral, tem o dever de auxílio em caso de calamidade pública; b) cometeria um “crime” se mostrasse desinteresse pelo desenvolvimento da ciência, das letras, das artes e, principalmente, da instrução pública. Finalmente, quanto aos terceiros, afirmou ser “primordial” o dever estatal no

<sup>125</sup> SANTOS, 1919, p.41-42

<sup>126</sup> “Tem-se, por consequencia, que, tal como aqui eu considero o Estado, de accôrdo com a melhor doutrina, os poderes proveem originariamente do povo ou da Nação, que temporariamente os outorga, e se acham expressos e definidos, em synthese, na Constituição da Republica. Póde, portanto, affirmar-se, que o fundamento dos poderes politicos do Estado está primeiro na *propria razão determinante da sua organização*; depois, na *escolha de seus dirigentes pelo povo ou Nação*. (1919, p.43)”

que diz respeito “à defesa da Nação e do proprio Estado, á manutenção da ordem social e a sua propria conservação”.<sup>127</sup>

A acção, portanto, do Estado deve ser em tudo protectora, amparadora, benefica e bemfazeja, salvo os casos de precisar reprimir delictos e abusos, manter o respeito á lei e ao principio de autoridade. É, por outras palavras, o que doutrina Bluntschli quando affirma, que o fim directo e verdadeiro do Estado é o *desenvolvimento das faculdades da Nação, o aperfeiçoamento de sua vida, por uma marcha progressiva, que não implique contradicção com os deveres de humanidade.*<sup>128</sup>

Sobre as teorias políticas do Estado, afirmou que podem ser reduzidas, “sem inconvenientes”, a dois tipos: a do Estado de poderes ilimitados, ou “omnipotente”; e a do “Estado que tem a *consciencia dos limites de seu poder e de seus direitos*”. O “Estado omnipotente” tem antigas raízes históricas<sup>129</sup> e o seu “principio predominante, sobre que o mesmo se baseia, é o da força” - sendo esta a arma manejada para subjugar o indivíduo.<sup>130</sup> O segundo tipo de teoria descrita (de maneira apologética) é, basicamente, a de um Estado limitado em diversas esferas de sua atuação.<sup>131</sup>

Logo depois, é colocado que deve existir uma “*fórmula conciliatoria das theorias antagonicas*”. Não se deve, contudo, entender essa como a via intermediária de Viveiros de Castro. Primeiro, é evidente que, aqui, um dos componentes da “fórmula conciliatoria” é descrito de forma muito pejorativa (o “Estado omnipotente”), enquanto o outro tipo de Estado é colocado como avanço. Segundo, Oliveira Santos não está defendendo em nenhum momento a intervenção estatal quando afirma a necessidade de manter características do Estado

<sup>127</sup> SANTOS, 1919, p.49

<sup>128</sup> SANTOS, 1919, p.49

<sup>129</sup> Oliveira Santos começa descrevendo-o desde a antiguidade, partindo para a Idade-Média, e terminando no “longo intervallo de parte do seculo XVI ao meado do seculo XVIII” no qual se destacam Hobbes e Rousseau como os grandes vilões (SANTOS, 1919, p.51-54).

<sup>130</sup> SANTOS, 1919, p.51

<sup>131</sup> A descrição dele é retirada de Bluntschli, a qual segue que esse tipo de Estado: “reconhece todos os direitos do homem; aboliu a escravidão, que. era uma injustiça. Como consequencia, o homem deixou de ser propriedade do homem, passou de *cousa*. a *sujeito* de direitos. O trabalho tornou se livre, e ao mesmo tempo estimado. Politicamente, concedeu o Estado a todas classes a participação nos publicos negocios. Adquiriu, portanto, a consciencia dos limites do. seu poder e dos seus direitos. Renunciou, por igual, o poder de suprema autoridade sobre as artes e as sciencias. Deixou á Igreja a direcção da religião e do culto, assim como garantiu ao individuo o direito de exame e de opinião.” (SANTOS, 1919, p.56-57)

“omnipresente” - seu medo é a desfragmentação da União federativa. Isso é demonstrado nos comentários que faz após a explicação:

Quando sobreveio a republica, um dos maiores argumentos contra o regimen decahido era o do enfeudamento das antigas províncias á Côrte, que então era o centro. Pouco tempo depois se verificava, que cousa peor trouxera o novo regimen: o enfeudamento dos Estados aos individuos. Levantaram-se, em consequencia disso, numerosas e profundissimas queixas contra as olygarchias estaduaes, que serviram, entretanto, de baluarte a um dos passados governos da Republica, que só conseguiu se manter no poder por força unicamente da politica dos governadores. Emquanto isso, os politicos entram em conciliabulos e conchavos, visando principalmente a realização das aspirações politicas dos Estados por elles representados. É desnecessario accrescentar que, nessa lucta de interesses, na pratica dessa politica de campanario, os legitimos,os verdadeiros interesses da Nação foram sempre esquecidos, ou postos á margem!<sup>132</sup>

Constitucionalmente, quasi que não ha disposição do nosso Pacto Fundamental, que não tenha sido flagrantemente violada! Entre tantos exemplos, que eu poderia citar, apenas apontarei um. Apesar de assentar o nosso regimen político na *federação dos Estados* e na *unidade do principio*, sobre que se baseia o *governo central*, temos um Estado da União francamente positivista, com uma Constituição diametralmente opposta . á Constituição da Republica.<sup>133</sup>

Recentemente, em relação aos negocios internos, uma das questões que mais preocupam a atenção é a da *politica regional*. Por emquanto, mal se percebe o surdo ruido de vozes discordantes e descontentes, ameaçando romper a cohesão e a harmonia, felizmente ainda reinantes, em todos os Estados da Republica. Mas, o rumor vem de longe, ha muito que se o percebe, e ...continua! Praza a Deus, que tudo não passe de receios infundados, de vãos temores!<sup>134</sup>

Para fortalecer o nosso argumento, lembramos que Oliveira Santos entendia que a União representava o Estado como um todo, ela “não é sinão a *personificação do Estado*”. A União Federal é estabelecida como poder político e centro da administração federal. Mas “em tudo se diferencia dos estados”, sendo hierarquicamente superior que estes. Ainda, Oliveira Santos não concedeu soberania aos estados pois ela é una e indivisível, embora os tenha considerado como autônomos para administrarem a si próprios desde que não extrapolem seus

---

<sup>132</sup>SANTOS, 1919, p.61-62

<sup>133</sup>SANTOS, 1919, p.62

<sup>134</sup>SANTOS, 1919, p.63

limites ao tomar competências exclusivas da União.<sup>135</sup> Todos esses entendimentos vão no sentido de estabelecer a União como centro político. Os estados seriam vinculados à União de forma que seria impossível qualquer tentativa de dissolução federativa. Além do mais, resultava que não seria permitido aos estados causar danos à forma federativa ou a outros estados, exigindo da União a intervenção em tais casos. Com efeito, a preocupação com a possível desfragmentação federativa do Brasil fica clara.

Além do mais, Oliveira Santos criticou o Brasil em sua atuação estatal, a qual já considerava excessiva (o que não faria caso estivesse em algum momento defendendo o intervencionismo):

No nosso paiz, por exemplo, o Governo continua a ser Tudo, apesar das liberdades outorgadas ao povo pela Constituição da Republica. Devido talvez a isso, o povo tem sido até agora *le troupeau de moutons*, não só dirigido, como tosquiado á vontade dos dirigentes! Age-se, é certo, em seu nome, mas *pro forma*. A politica é o grande eixo para onde convergem todos os negocios do Estado Como vêdes, a politica tem variado conforme a influencia do centro.”<sup>136</sup>

As citações acima são exemplos que reforçam a interpretação de que, em teoria, Oliveira Santos não chegou a sustentar a intervenção estatal quando afirmou a necessidade de equilibrar a teoria do Estado “omnipotente” com a do Estado de garantias e direito.

Voltando aos fins do Estado estipulados por Oliveira Santos, o mesmo afirmou:

A meu ver, no tocante ás providencias ou medidas que o Estado houver de determinar em defesa da collectividade, seja em condições *normaes* ou *anormaes*, não póde nem deve ir *além do que exige a **segurança publica e particular***. (...) Se o caso não é de perigo e a providencia por isso se realiza em condições ordinarias da vida social, cumpre que o Estado o faça

<sup>135</sup>cf. 1919, p.70-73; sobre os limites de competências: “No dominio, por exemplo, das relações exteriores, perante o Direito Internacional, o que existe é o governo federal; elles (os estados) não teem capacidade política externa, não podem fazer tratados, declarar guerra, enviar e receber embaixadores, manter corpo diplomatico, consular, etc. Ainda quanto á sua capacidade política interna, sua esphera de acção tem limitações essenciaes ao regimen federativo, deduzidas da existencia em commum e respeito reciproco dos Estados, sob a egide da União” (1919, p.95)

<sup>136</sup>SANTOS, 1919, p.60

*sem encandear o livre exercicio das faculdades do homem e dos direitos civis, por um systema violento de precauções.*<sup>137</sup>

Aqui, o jurista mostra que entende a segurança pública e particular de seu território como atividade primordial do Estado, não podendo este ir muito além dela. Em páginas seguintes ele menciona o dever de “socorros públicos” por parte do Estado. Esses, entretanto, não são confundíveis com as “medidas em favor da pobreza, da miseria e da orphandade,” as quais “pertencem a outra ordem de beneficencia, que póde ser *publica* ou *privada*” - mas não “pódem, por consequencia, dizer-se - *soccorros publicos*”.<sup>138</sup> A consequência da distinção dos conceitos é destacada por Oliveira Santos:

A differença que ha entre essas instituições de beneficencia e os soccorros publicos, é que estes são *obrigatorios* para o Governo, como já. vimos, ao passo que, em relação áquellas, a nada é o mesmo obrigado. Póde agir por amor do proximo, por espirito de caridade, se assim entender, **mas nenhuma lei o obriga a isso.**<sup>139</sup>

Quanto ao domínio “econômico-social”, Oliveira Santos acreditava ser parte da “Sciencia da administração”. Atestou:

Essa intervenção é ás vezes necessaria, mas sempre muito delicada. Deve ser, conforme pondera Courcelle Seneuil, *em tudo conforme ao gráo de cultura e de adiantamento do povo, á natureza das instituições publicas, aos tempos e ás circumstancias*. Não póde, por consequencia (penso eu), assentar em *principio absoluto* a intervenção de que se trata, como alguns publicistas pretendem. Ha paizes (ainda observa C. Seneuil), em que o maior obstaculo ao progresso economico é a *nonchalance* das populações, o seu nenhum gosto pelo trabalho e pela economia. Nesses paizes, a acção do governo não só póde, como deve ser mais directa, mais activa e mais ampla, pela necessidade que resulta das condições expostas.<sup>140</sup>

Citando Joseph Garnier, lembrou que há outras duas possibilidades que justificam a intervenção no campo econômico: a) “quando se trata de serviços necessarios ou indispensaveis, que a sociedade não póde realizar por meio da iniciativa ou industria privada”; b) “Em alguns casos de interesse geral, como, por exemplo, o de salubridade, para impedir que o interesse de uns prejudique os

<sup>137</sup> SANTOS, 1919, p.150, G.N.

<sup>138</sup> SANTOS, 1919, p.155

<sup>139</sup> SANTOS, 1919, p.155, G.N.

<sup>140</sup> SANTOS, 1919, p.164

direitos de outros ou do publico” - nesse segundo caso, apenas se intervenção não for evitável<sup>141</sup>.

Dos trechos citados, fica claro que Oliveira Santos não é a favor da intervenção econômica em situações normais, mas excetua tal indicação em caso de situações “anormais” (por exemplo, calamidades públicas). Em situação normal:

**A intervenção directa do Governo no domínio do *trabalho, da agricultura, do commercio e da industria* é sempre prejudicial.** Em regra, todos esses ramos de actividade, tanto individual, como social, só vivem e medram sob um regimen de liberdade.<sup>142</sup>

Do exposto, chega-se à conclusão que Oliveira Santos é bem mais liberal, no sentido de preservar uma esfera intransponível do indivíduo contra o Estado, do que os outros autores. Suas visões de mundo estão relacionadas também com sua crença religiosa, que o levou muitas vezes a confrontar o positivismo sociológico de frente.

#### 2.1.4 AARÃO REIS<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup>SANTOS, 1919, p.165

<sup>142</sup>SANTOS, 1919, p.171

<sup>143</sup>Aarão Leal de Carvalho Reis (Belém PA 1853 - Rio de Janeiro RJ 1936). Engenheiro geógrafo, engenheiro civil, professor, político, urbanista. Tornou-se engenheiro geógrafo em 1872, bacharel em ciências físicas e matemáticas e engenheiro civil em 1874, na Escola Politécnica do Rio de Janeiro. Nos primeiros vinte anos de sua carreira, atuou nas áreas de transporte, saneamento, energia e construção civil. Trabalhou também como consultor técnico no Ministério da Agricultura, entre 1889 e 1891, e no das Relações Exteriores. Preside a Comissão Geral de Melhoramentos do Maranhão, de 1891 a 1892, quando é convidado entre 1892 e 1894 pelo presidente do Estado de Minas Gerais, Afonso Augusto Moreira Pena (1847 - 1909), a dirigir a Comissão d'Estudo das Localidades Indicadas para a Nova Capital, e depois conduzir a Comissão Construtora da Nova Capital, 1894/1895. Em virtude de sua postura técnica e centralizadora, pouco afeita a concessões políticas, pede exoneração do cargo em maio de 1895. A partir desse momento dedica-se, sobretudo, ao serviço público, como diretor dos Correios da República, 1895, do Banco do Brasil, 1895/1897, e da Estrada de Ferro Central do Brasil, 1906/1910, como inspetor-geral de obras contra a seca, 1913/1918, e consultor do ministro de Viação e Obras Públicas, 1918; à iniciativa privada, como diretor da Empresa Industrial Serra do Mar, 1899/1906; e à política. Após uma tentativa frustrada de ser senador pelo Estado do Maranhão, em 1896, e de assumir como suplente a cadeira de deputado pelo Estado do Pará, em 1911, Reis elege-se nas legislaturas de 1927-1929 e 1929-1931, e perde o mandato com a Revolução de 1930. É professor, desde 1869, no Colégio Perseverança, no Rio de Janeiro, de propriedade de seu pai; e no curso técnico da Escola Politécnica, entre 1905 e 1914; depois torna-se responsável pela cadeira de economia política, finanças, direito constitucional e administrativo e estatística, de 1914 a 1925. Publica manuais, relatórios, pareceres técnicos e livros, destacando-se os artigos dedicados à comissão de construção de Belo Horizonte, divulgados entre 1893 e 1895



Importante frisar que a obra “Direito Administrativo” do professor Aarão Reis não foi escrita por um jurista, o autor era engenheiro por formação. Sua atuação no planejamento de Belo Horizonte (dentre outros trabalhos como urbanista) ao final do séc. XIX pode dar pistas sobre suas posições centralizadoras e, por vezes, mais autoritárias em comparação com os precedentes juristas aqui analisados.

O autor vincula-se totalmente à corrente do positivismo sociológico, citando inúmeras vezes o francês Leon Duguit e demonstrando muita influência comtiana na parte teórica.

A explicação do conceito de sociedade, para Aarão Reis, inicia-se a partir da busca do indivíduo pela “máxima utilidade” de seus esforços com fim de concretizar seu interesse próprio. Percebendo ser necessário a associação com outros indivíduos – primeiro em pequenas unidades familiares, mas que paulatinamente cresceriam ao ponto de tornarem-se Nações -, o ser humano começaria a criar hábitos e sentimentos, os quais (uniformizando-se e fixando-se por “tradição e hereditariedade”) converter-se-iam em leis sociológicas. Leis sociológicas que seriam tão “constantes e imutáveis” quantos as leis da “natureza cósmica”.<sup>144</sup>

A instituição jurídica e a instituição política serviriam para condicionar os indivíduos no sentido de melhor encaminhá-los à “observância conveniente” dessas leis sociológicas. Todas as prescrições legais, de acordo com Aarão Reis, derivariam da “tradução de hábitos que foram se fixando em costumes, e se generalizaram”, tomando a forma de lei “em virtude do próprio interesse individual” e aceitando-las no “interesse geral”.<sup>145</sup>

---

(fonte: [http://www.itaucultural.org.br/aplicExternas/enciclopedia\\_ic/index.cfm?fuseaction=artistas\\_biografia&cd\\_verbetes=6239&cd\\_item=1&cd\\_idioma=28555](http://www.itaucultural.org.br/aplicExternas/enciclopedia_ic/index.cfm?fuseaction=artistas_biografia&cd_verbetes=6239&cd_item=1&cd_idioma=28555)).

<sup>144</sup> REIS, 1922, p.8

<sup>145</sup> “E é pela boa organização das leis sociais — traduzidas por essas prescrições legais, cujo conjunto constitui a instituição jurídica — e pela melhor interpretação dos respectivos textos escritos que logra a sociedade manter, desenvolver e aperfeiçoar, indefinidamente, a vida coletiva da espécie humana; organização e interpretação essas que constituem, por isso, a mais importante e a mais dominante das funções do vasto, complexo e complicado organismo social. O exercício dessa junção compete a órgãos determinados pela instituição política, aos quais cumpre a tarefa de ir modificando essas leis sociais, á

Deriva de tal pensamento que a tradução de leis sociais em prescrições legais é um momento essencial para o direcionamento da sociedade ao seu progresso – ou seja, a lei é considerada como instrumento de condicionamento, conservação e até um pouco de aperfeiçoamento social. Com efeito, o próprio Estado, detentor do poder legislativo, tem como função o aprimoramento da sociedade. Em contraposição à visão liberal mais radical, o Estado possui um papel, já em na esfera regulamentar, ativo e não se restringe à manutenção da ordem e segurança.<sup>146</sup>

O papel ativo do Estado, aliás, não fica restrito à legiferação. Em diversas outras áreas, as ações estatais (e.g., Construção de obras públicas, preparo da educação pública, administração no geral) são vistas como necessárias para conter o abuso de interesses individuais.<sup>147</sup> Devendo “a verdadeira *função* do Estado (...) *reduzir, ao mínimo possível, o deplorável desperdício de esforços individuais, no*

---

medida que novos hábitos e novos costumes, determinados pela natural evolução da vida social, vam se fixando, definitivamente, em direitos, cujo respeito se impõe de modo tal que, quando esses órgãos naturais resistem às imprescindíveis modificações, o interesse coletivo as força, pela violência revolucionária, que legítima, assim, o que já devêra de ter sido legitimado pela conveniente adaptação da vida coletiva — nacional, ou geral — às necessidades determinadas pela evolução natural. A instituição jurídica — ao invés de ser a *fórmula dum equilíbrio social artificial*, imposto, arbitrariamente, por uma vontade qualquer, incondicionada, natural, ou sobrenatural — nada mais é, nem pôde ser, do que a fórmula aproximativa dum equilíbrio, real e natural, do meio social, de cujo melhor condicionamento depende melhor legislação.” (REIS, 1923, p.10, G.N.)

<sup>146</sup> Como salienta o autor: “Entre, portanto, os devêres individuais, não pôde deixar de sobrelevar o de sustentar, como melhor, **a força — material e moral — do Estado, indispensável á eficiência do exercício normal de suas múltiplas, complexas, complicadas e elevadas funções de coordenação, de impulsão e de orientação do exercício normal das demais funções do organismo social, desde as econômicas até às políticas.** Mas, para que nunca possa essa *força*, assim de contínuo engrandecida, ter — na preocupação absorvente, embora honesta e patriótica mesmo, do interesse geral coletivo — aplicações nocivas aos interesses individuais, igualmente respeitáveis, cumpre velar, sempre com o máximo cuidado, para que seja ela orientada por instituições políticas, e também, jurídicas, que — permitindo-lhe livre e ampla ação em benefício comum da coletividade — lhe não permitam, jamais, aplicar, contra as liberdades e os direitos dos cidadãos, a potência com que é mister aparelhá-la. (...) **a coexistência, em ação harmônica, duns sobre os outros (...) permite a determinação simultânea das atribuições, não só do indivíduo para, com iniciativa e com ação próprias, lograr obter, conservar e melhorar, sempre, sua respetiva situação, usufruindo as vantagens dela decorrentes, mas, também, do Estado para, com iniciativa e com ação coletivas, lograr estabelecer, firmar, manter e melhorar, progressivamente, o meio social, proporcionando a todos os indivíduos, com a possível igualdade — sempre proporcional á eficiência dos esforços de cada um — o usufruto, tanto coletivo como pessoal, das vantagens dele decorrentes para cada um e para a comunhão.**” (REIS, 1923, p.19, G.N.)

<sup>147</sup> Outro argumento, mais enfatizado posteriormente, é que o Estado, além disso, se complexifica ao longo que a sociedade se torna mais complexa. Aarão Reis escreveu: o “aperfeiçoamento progressivo da sociabilidade implica desinvolvimento correlativo do Estado” (1923, p.22), e “quanto mais se complicam, com a civilização, as relações sociais, tanto mais complicado vai se tornando o conjunto de órgãos que constitui o Estado” (REIS, 1923, p.23).

*sentido do bem-estar*<sup>148</sup>. A fundamentação para tais atividades parte da eventual contraposição entre interesse geral (o qual inclui os interesses de gerações posteriores) e interesse privado, apontada por Aarão Reis:

Estado não é mera coleção de indivíduos, cujos interesses e cujos direitos sejam, apenas, os interesses e os direitos coletivos destes, em oposição aos particulares de cada um, pois, quando opéra — **lejislando, executando e administrando, abrindo estradas, rasgando canais, reprezando caudais, dessêcando alagadiços, fundando escolas e bibliotécas, enriquecendo muzêus, fomentando a produção da riqueza e lhe facilitando a circulação, amparando os fracos e encorajando os fortes, distribuindo justiça, mantendo a ordem pública, etc.**—áje no **interesse geral** — direto e indireto, presente e futuro — duma sociedade de cujos membros, si estam uns vivos, grande maioria está ainda por nacer e por viver, e nem todos os que se abrigam á sombra protetora dessa benéfica ação nacêram dentro nos estreitos limites territoriais em que ela se exercita em plena soberania...<sup>149</sup>

Enquanto o indivíduo atua, na sociedade, em prol de interesses privados por meio de seu trabalho, o Estado atuaria assegurando o interesse público – balanceando e organizando aquilo que o interesse privado tornou desigual. A fórmula proposta é a de conciliar os dois interesses em um equilíbrio ideal, maximizando suas potencialidades. Se “é a sociedade o meio em que pôde o indivíduo” agir e viver no sentido do seu “respetivo *destino* sobre a terra”, o Estado é “o agente indispensável á constituição e á manutenção desse meio e ao seu progressivo *condicionamento* aos naturais desinvolvementos indefinidos — e sempre paralelos — do indivíduo e da coletividade”.<sup>150</sup> Decorre que existem, na perspectiva do autor, direitos e deveres tanto do Estado quanto do indivíduo. Para organizá-los, o Direito surge como ferramenta capaz de realizar essa adequação de interesses:

Em fórmula sintética e concíza, pôde, pois, ser o Direito definido, na sua acepção mais geral, como sendo — o conjunto das prescrições legais que conciliam a liberdade com a autoridade, as desigualdades individuais com a igualdade social, as situações pessoais particulares com as condições sociais gerais e, finalmente, os direitos com os devêres. (REIS, 1923, p.29)

---

<sup>148</sup> REIS, 1923, p.20

<sup>149</sup> REIS, 1923, p.26. G.N.

<sup>150</sup> REIS, 1923, p.26

Aarão Reis também explica a relação de Estado de forma semelhante a Viveiros de Castro: a dicotomia existente, nessa relação, de liberdade e autoridade é resolvida encontrando um meio termo entre os dois pólos.<sup>151</sup> Tudo o que foi demonstrado aponta para uma teoria fortemente positivista e que serve, na prática, para fortalecer o Estado. Apesar da liberdade da iniciativa privada desempenhar papel essencial na apresentação de sua teoria política, o objetivo de defender tal teoria é a legitimação de maleabilidade de direitos individuais por parte do Estado. No momento em que o Estado tem direitos e o indivíduo deveres, haverá áreas em que a atuação estatal deverá limitar a atividade individual. A ideia de relatividade dos direitos surge aqui como arma para flexibilizar principalmente os direitos individuais.<sup>152</sup> Não só: os deveres do Estado aumentam, por outro lado, na medida em que tem de fornecer à sociedade diversos serviços – como será demonstrado a seguir –, mas esses deveres tornam-se também demandas de atividade estatal.

O Estado, enfim, (e foi isso que procuramos frisar até agora) não é descrito como ausente e limitado por Aarão Reis, mas sujeito que age positivamente para conformar e dirigir a sociedade ao progresso e ao bem-estar.<sup>153</sup> Ao final, o conceito até extrapola as conclusões de Viveiros de Castro, que não aceitaria caber ao Estado o fomento da economia, moral e intelecto.

Aarão Reis parte para constatar, então, que, devido aos avanços científicos e industriais, a sociedade se complexificou, demandando mais atividade administrativa. Tal atividade tem como definição “serviço público” - o conceito torna-se chave para a elaboração teórica de Aarão Reis ao tratar da parte jurídica. O

<sup>151</sup> REIS, 1923, p.27

<sup>152</sup> “Os direitos são todos *relativos*, e dessa *relatividade* decorrem, naturalmente, em *reciprocidade*, os devêres; de modo que a cada direito corresponde um dever, sinão *positivo* ( como, por exemplo, a *colaboração*, ou a *dedicação*), pelo menos, *negativo* (como, por exemplo, o *respeito*, ou a *obediência*), assim como, reciprocamente, a cada dever cumprido corresponde um direito (como, por exemplo, a *gratidão*, a *benevolência*, etc.)” (REIS, 1923, p.153)

<sup>153</sup> “O Estado é entendido “como o órgão — *geral e complexo* — indispensável ao normal desempenho dos devêres da coletividade para com os indivíduos no exercício normal da **sua principal função de organizar, manter e aperfeiçoar, incessantemente, os vários serviços públicos** — que, de dia para dia, mais se dezinvolvem e mais se complicam — imprecindíveis ao conveniente *condicionamento* do meio nacional **para a crescente prosperidade** em que se traduz, sempre, a **gradual elevação do nível médio do conforto e do bemestar generalizados da espécie humana, não somente materiais, mas, também, intelectuais, e, especialmente, morais e sociais.**” (REIS, 1923, p.121, G.N.)

Estado, “cujas *funções* não pôde mais o *liberalismo doutrinário* conter restritas (...), apenas, á manutenção da integridade da pátria e da tranqüilidade pública interna e á distribuição da justiça”<sup>154</sup>, vê-se obrigado a aumentar sua complexidade e suas funções.<sup>155</sup> “A *organização* e o *funcionamento*, em condições de *normalidade* e de *continuidade*, dos inúmeros e variadíssimos serviços públicos (...) é, portanto, a verdadeira *função* do Estado”<sup>156</sup>. Não há limites delimitados que esclareçam até que ponto o Estado pode crescer:

E, como a noção econômica de serviços públicos dá idéia de *ilimitabilidade* dos que podem ser prestados para satisfação, cada vez mais ampla e mais completa, dos interesses gerais coletivos, — **não parece, á primeira vista, que possam ser traçados limites á atividade administrativa do Estado.** Desde que, porém, atendase a que não pôde o Estado prescindir do *equilíbrio* das diversas *forças* que concorrem para a *normalidade* da vida nacional, entre as quais a vultam as *iniciativas individuais*, em oposição á *iniciativa coletiva*,— fácil é compreender a necessidade de manter conveniente *equilíbrio*, especialmente entre *estas*, de modo que tendam, sempre, para razoável compensação, as massas respectivas dos serviços públicos e dos serviços privados, e não tenda, jámais, em qualquer país, a excessiva expansão da vida pública a atrofiar a respectiva vida privada.<sup>157</sup>

O trecho acima afirma que o Estado não pode ser limitado a priori, mas não que não existam limites à sua ação. Em outras palavras, a atividade estatal não pode ser completamente pré-concebida devido à imprevisibilidade de contingencialidades – como as exigências do avanço tecnológico e as calamidades públicas. O Estado, porém, só pode agir claramente dentro da forma da lei, das conformidades jurídicas; isto é, é um Estado de Direito.<sup>158</sup>

O direito administrativo, então, surge como ramo jurídico *que* (“*de acordo, sempre, com as grandes linhas gerais da organização jurídica e política adotada para a nação*”):

<sup>154</sup> REIS, 1923, p.134

<sup>155</sup> Algumas são listadas pelo autor: “serviços públicos — de *disseminação da instrução*, de *generalização da educação*, de *apuro da higiene popular*, de *saneamento generalizado*, de *aperfeiçoamento progressivo da aparelhagem circulatória*, de *desenvolvimento da produção*, de *equitativa partilha do conforto crescente*, de *amparo aos mais fracos*, etc, etc.” (REIS, 1923, p.126)

<sup>156</sup> REIS, 1923, p.148

<sup>157</sup> REIS, 1923, p.139

<sup>158</sup> cf. REIS, 1923, p.266

*estabelece e fixa as relações de recíprocos direitos e devêres entre os cidadãos e os diferentes órgãos constitutivos do Estado, com nítida discriminação dos sacrifícios que, dos interesses individuais privados, reclama o interesse social público e geral para a conveniente e imprecindível satisfação completa dos imperiosas necessidades coletivas.*<sup>159</sup>

É o direito administrativo, pois, que faz a baliza entre direitos e deveres dos cidadãos e do Estado. Tal colocação resulta em estabelecer o direito administrativo como o instrumento que flexibiliza o direito individual em prol do Estado nos casos necessários.<sup>160</sup> Aarão Reis deixou claro que o direito administrativo “impõe, (...) freqüentemente, aos mais respeitáveis interesses privados individuais — em benefício do interesse público coletivo — onus bem peizados e sacrifícios, mesmo, dos mais penosos”.<sup>161</sup>

Os serviços públicos não necessariamente são somente desempenhados pelo Estado, eles podem ser exercidos pela iniciativa privada. Esta, entretanto, quando desempenha tal função, tem de seguir as mesmas prescrições legais que o Estado seguiria.<sup>162</sup> Aarão Reis até afirma que o patrimônio das iniciativas privadas

<sup>159</sup> REIS, 1923, p.30

<sup>160</sup> Pode-se perceber isso no momento em que Aarão Reis trata das diferenças entre direito constitucional e direito administrativo: “(...) com efeito, si aquêle (direito constitucional) estabeléce as régras gerais de governo, deduz êste (direito administrativo) delas as naturais consequencias, fazendo-lhes as devidas aplicações; – si o primeiro fixa os direitos garantidos aos cidadãos, colocando-os sob a salvaguarda da autoridade constituída pelos poderes públicos da nação, **discrimina o segundo os devêres dêsses mesmos cidadãos, limitando as restrições dos interesses privados e dos direitos individuais, exigida pela indispensável satisfação das necessidades gerais coletivas;** e, si, em definitiva, consagra aquele os direitos do indivíduo e do cidadão, proclamando sua liberdade nas múltiplas e diversas manifestações da vida social, consagra este os devêres imprecindíveis do Estado, como expoente característico da sociedade, no intuito de firmar e consolidar a ordem, sem a qual não é possível a garantia da liberdade por meio da conciliação necessária dos interesses individuais com o largo e geral interesse coletivo. E a manutenção da ordem é, na sociedade, a *alta função* privativa da autoridade, admirável conjunto harmônico de órgãos sociais destinado a assegurar — a cada indivíduo, em particular, e a todos êles, em geral — o desinvolvimento, livre, amplo e plano, de suas complexas e maravilhosas faculdades — físicas, intelectuais e morais, — estabelecendo, firmando e consolidando as condições imprecindíveis e favoráveis ao normal desinvolvimento da produção da riqueza, e, portanto, á gradual elevação do nível médio do *conforto humano*.” (REIS, 1923, p.32)

<sup>161</sup> REIS, 1923, p.32

<sup>162</sup> “Mas, nem só serviços públicos são, na realidade, aqueles cujo pessoal é constituído por *agentes* diretos do Estado, que adquire, também diretamente, o respetivo material. Ao lado desses, inúmeros outros, dos mais importantes e dos mais necessários, *funcionam*, tendo, igualmente, por objeto a satisfação de series interesses coletivos nacionais, de *assistência*, de *previdência*, de *educação*, de *instrução*, de *mutualidade*, de *beneficência*, de *arte*, de *ciência*, de *circularão a produção da riqueza*, etc , embora, *organizados* e *custeados* pela própria iniciativa privada, com, ou sem, apoio e auxilio direto, ou indireto, do Estado e ajindo individualmente, ou por meio de *associações coletivas*. E a todos êles concede a legislação idêntica capacidade jurídica, estabelecendo bem nítidas a diferença e a separação entre o *patrimônio individual* de cada um dos *associados* e o *patrimônio coletivo* d a *associação*, o qual tornase, assim, uma *propriedade coletiva* de todos os *associados*, que figuram, coletivamente, como uma única pessoa jurídica.” (1923, p.145).

que atuam em serviços públicos não é totalmente disponível a seus empresários, negando a possibilidade de utilizar o lucro adquirido quando atuando como serviço público em outros setores da indústria.<sup>163</sup>

Há uma ampliação da ação estatal nos serviços públicos. Em Aarão Reis, ao invés de racionalizar a intervenção estatal por meio da “polícia”, é o instituto do “serviço público” que serve como instrumento jurídico para fundamentar o intervencionismo.

---

E também: “Há, entretanto, entre essas duas categorias distintas de serviços públicos, diferenças de *funcionamento* derivadas da ação direta que, sobre os primeiros, exercem os *agentes* do Estado, limitando-lhes a capacidade jurídica, beneficiando-os com privilégios especiais, nem sempre extensivos aos da outra categoria, e, especialmente, submetendo suas respectivas *operações financeiras* e a respetiva contabilidade a *regras especiais de execução e de fiscalização*, às quais não ficam sujeitos os serviços de utilidade pública realizados pela iniciativa particular, mesmo quando *organizados e funcionando mediante concessão do Estado*” (REIS, 1923, p.146)

<sup>163</sup> cf. REIS, 1923, p.146

## **CONCEITO DE POLÍCIA E PODER DE POLÍCIA – A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA PARA INTERVENÇÕES**

Do capítulo anterior fica demonstrado que, teoricamente, algumas bases do pensamento liberal clássico eram pouco aceitas pelos jus-administrativistas brasileiros durante a Primeira República – ou, no máximo, fracamente enfatizadas. O Estado cada vez mais surgia como sujeito ativo para resolver situações que nada tinham de teóricas. O aumento populacional, a questão urbanística, a questão social, os avanços tecnológicos, a primeira guerra e suas crises econômicas – todos estes elementos demandavam a intervenção do Estado.

Outros fatores também agravavam a situação daqui. Os atrasos visíveis do Brasil requeriam, ainda com mais urgência do que em Estados europeus, um impulso maior que a iniciativa privada não poderia suprir. A necessidade de legitimar o governo central após adotado o regime federativo surgia também como preocupação perante os conflitos estaduais e federais.

O conceito de polícia na literatura analisada surge de diferentes maneiras - mas, de modo geral, com muito cuidado e mais ou menos consciente. Talvez a palavra causasse desconforto e desconfiança aos juristas por estarem imbuídos de uma tradição que antagonizava Estado de polícia e Estado de Direito liberal. Sua potencialidade quase que ilimitada, entretanto, era útil em situações em que se necessitava fundamentar a intervenção estatal. Em geral, todos reproduzem a concepção que “polícia” tem o dever de prevenção e só pode atuar com respaldo legal, tentando conter a potencialidade (ilimitada) do conceito de “polícia” por dentro dos moldes de um Estado de Direito e aceitáveis para o liberalismo.

Há um relacionamento muito íntimo também do uso do instituto jurídico com a ideologia do autor. “Poder de polícia”, “polícia administrativa” e “polícia” propriamente são empregados geralmente quando o autor necessita fundamentar a intervenção estatal pela Administração. Para aqueles que defendem a atuação mínima do Estado, os conceitos quase não são utilizados; para aqueles que creem



na atuação estatal em determinadas áreas, uma das fórmulas surge quando o tema vem à tona; para aqueles que não sentem tanta estranheza quanto à intervenção, um deles ou até mais de um são descritos ou de forma genérica, altamente adaptáveis a várias situações, ou muitas vezes explicitamente para mais de uma situação.

### 3.1 “PODER DE POLÍCIA” E “POLÍCIA ADMINISTRATIVA”

Trataremos de cada autor individualmente, de forma a relacionar sua conceituação sobre “poder de polícia” e “polícia administrativa” com sua teoria estatal. Ao final, serão perceptíveis poucos elementos comuns a todas as doutrinas, mas o essencial ainda é a particularidade de cada obra. Ela demonstra como o “poder de polícia” é pouco delimitado e altamente maleável de acordo com o manuseio enviesado daquele que lida com tal instituto jurídico.

#### 3.1.1 VIVEIROS DE CASTRO

Viveiros de Castro, ao tratar da função de segurança interna por parte do Estado, em parte referente à “Ciencia da Administração”, classificou “polícia” como “auxiliar da Administração, (...) essencialmente *preventiva*”, devendo “prever e evitar todos os factos perturbadores da ordem social”.<sup>164</sup> A “polícia” aqui, portanto, significa especialmente a instituição que cuida da segurança pública. Pelas considerações citadas de Stahl, Rohmer e Bluntschli, o autor foi direto ao ponto ao atestar que há um grau de “arbitrio”<sup>165</sup> na escolha dos meios pelos quais a polícia se faz valer

---

<sup>164</sup> CASTRO, 1914, p.150

<sup>165</sup> A palavra “arbitrio” surge na citação de Bluntschli, parecendo ter significação ampla. Ao que tudo indica, a tradução foi feita de maneira pouco criteriosa – já que “arbitrio” possuía diversos sentidos na doutrina do séc. XIX, geralmente em contraposição à palavra “discricionarietà”. Uma distinção mais exata entre “arbitrio” e “discricionarietà” aparecerá na obra de Aurelino Leal, sendo destacada na seção sobre o mesmo na presente monografia.

(“arbítrio” que deve mover-se no “quadro das leis” e não violar, sem “verdadeira necessidade” os direitos adquiridos), e diagnosticou:

Este poder indeterminado não é sem perigo e póde degenerar facilmente em opressão e tyrannia, principalmente em paizes, como o nosso, em que se confunde a violência com a inergia, e as autoridades superiores julgam do seu dever assegurar a impunidade dos seus agentes, afim de não sacrificar o prestigio do Governo. O único meio de ter boa policia consiste em confiar as suas attribuições a autoridades competentes, criteriosas e bem remuneradas, para que possam dedicar toda a sua actividade ao desempenho de tão difficil missão; e responsabilisá-las *effectivamente* pelos abusos que commetterem.<sup>166</sup>

Viveiros de Castro demonstrou-se, nessa passagem, consciente de lidar com um conceito potencialmente perigoso. O jurista defende a atuação institucional da polícia, mas desconfia de sua atuação em todo o momento. O receio liberal de Viveiros de Castro manifesta-se no último comentário que faz sobre a instituição policial - uma crítica pontual às atribuições concedidas ao chefe de polícia pela Lei 628 de 28 de outubro de 1899:

A Lei n.º 628 de 28 de outubro de 1899 (vulgarmente chamada — *Alfredo Pinto* — em homenagem ao deputado que apresentou o projecto e o defendeu com brilhantismo digno de melhor causa) conferiu ao chefe e delegados de policia a attribuição de processar *ex-officio* as contravenções do livro III, caps. II e III, artigos 368 a 371 e 374, IV, V, VI, VIII, XII e XIII, artigo 399 principio, § 1.º do Código Penal. Esta Lei, no terreno da theoria, se me afigura indefensável, e não tem produzido na prática o annunciado resultado.<sup>167</sup>

Ao tratar da saúde pública, porém, o conceito de polícia volta a ser empregado algumas vezes. O autor, logo ao início da seção, cita o administrativista italiano Cavagnari para atestar: “Não ha campo (...) em que seja mais legitima, ou antes mais indispensável a intervenção do Estado do que no da hygiene publica”.<sup>168</sup>

E explica:

A acção dos poderes públicos se manifesta por duas fôrmas diffêrentes: 1ª *negativa*, quando o Estado limita opportunamente o arbítrio dos particulares, a fim de não resultar das suas acções ou omissões algum damno ou perigo á generalidade dos cidadãos; 2ª *positiva*, quando a Administração se propõe directamente a melhorar as condições hygienicas da população, e dos

<sup>166</sup> CASTRO, 1914, p.151

<sup>167</sup> CASTRO, 1914, p.155

<sup>168</sup> CASTRO, 1914, p.155

logares em que ella habita. A primeira forma é simplesmente a applicação do principio elementar de justiça, o *neminem loedere*, e entra evidentemente no conceito da funcção repressiva que, de pleno direito, pertence ao Estado. A segunda somente pelo Poder Publico pode ser efficazmente exercida, porque, tratando-se de providencias que interessam immediatamente á generalidade e só indirectamente aos particulares, não seria possível contar com a iniciativa individual.<sup>169</sup>

A passagem classifica dois tipos de ação dos poderes públicos: um regulamentar; outro de intervenção efetiva, ação prática. Na área de higiene pública, portanto, é expressamente permitido à Administração Pública tanto regulamentar matérias específicas como agir efetivamente.

O jurista parte, então, para exemplificar minuciosamente as áreas nas quais a “Sciencia da Administração” prescrevia a intervenção estatal:

A Sciencia da Administração, na sua qualidade de disciplina technica e não jurídica, se occupa unicamente das *matérias sanitárias*, isto é, das providencias hygienicas que interessam á vida social; e, neste sentido restricto, a hygiene publica comprehende as seguintes partes: a) Policia curativa, cujo objecto é a vigilância sobre o exercício dos vários ramos da arte salutar; b) Hygiene *edilicia*, que se occupa com a salubridade das casas e logares habitados; c) Hygene alimentar (*bromatologia*), que estuda a salubridade dos alimentos e bebidas, expostos á venda, e a qualidade da água potável; d) Hygiene industrial, que se encarrega da tutela e vigilância hygienica do trabalho, das fabricas, officinas, etc.; e) Hygiene escolastica, a qual, como o nome indica, prove a tutela hygienica dos asylos e escolas; f) Hygiene hospitalar, que diz respeito aos institutos sanitários, maternidades, casas de expostos, etc.; g) Policia sanitaria sobre as endemias, epidemias, contágios, enzootias, epizootias, zoonomias, etc.; h) Policia mortuaria (serviço fúnebre, cemiterios, methodos de conservação ou destruição dos cadáveres, inhumações e exumações dos animaes); i) Hygiene marítima e internacional; j) Estatística sanitaria.<sup>170</sup>

O autor tratou de cada um dos pontos detalhadamente. Limitaremos-nos a expor as características gerais de suas explicações, destacando os trechos mais interessantes dessa parte da obra. Nota-se que a temática de saúde pública abrange diversos setores da sociedade – controle do serviço médico, construção de casas, controle dos alimentos no comércio, salubridade no ambiente de trabalho e no meio escolar, controle de epidemias, cuidado e fiscalização dos portos e das embarcações estrangeiras, etc. Cada um destes setores requer, no mínimo,

<sup>169</sup>CASTRO, p.1914, p.155-156

<sup>170</sup>CASTRO, 1914, p.156-157

regulamentação ou mediação por parte do Estado - quando não a própria intervenção. Nem o campo econômico ficou totalmente fora desse alcance – pela fiscalização dos alimentos<sup>171</sup> e da salubridade no ambiente de trabalho<sup>172</sup>. Viveiros de Castro mostra-se, entretanto, pouco favorável a flexibilizar seu liberalismo econômico até em alguns aspectos de salubridade.<sup>173</sup>

Apesar de defender a interferência estatal para questões sanitárias, Viveiros de Castro ainda assim criticou e alertou sobre alguns perigos concretos que entendia surgir do exagero de tal atividade por parte do Estado:

É incontestável que ninguém tem o direito de converter a sua casa em um foco de infecção, pondo assim em perigo a vida das pessoas da vizinhança; neste ponto, a liberdade individual não pôde deixar de ser limitada pelo bem publico. Circumscrever, porém, a esphera de acção do Estado — *hoc opus, hic labor est*; — sendo a difficuldade aggravada pelo período de formação em que ainda está a sciencia da hygiene. **Nesta cidade, as medidas sanitárias implantaram o domínio dum perpetuo —estado de sitio —; o respeito aos mortos, que caracteriza as sociedades civilizadas, já não defende os cadáveres contra as sacrilegas investigações desses novos inquisidores, cujos excessos nem ao menos encontram explicação nas exaltações da fé. Segundo consta dos relatórios officiaes, a applicação dessas medidas violentas não tem provocado a menor reacção.** Doloroso e irrecusável testemunho da nossa **desvirilidade!**<sup>174</sup>

Um dos problemas que surge ao analisar tais institutos jurídicos em Viveiros de Castro é que há um grande cuidado, por parte do autor, no uso das palavras. A expressão “poder de polícia”, por exemplo, não é empregada. A expressão “polícia administrativa” é explicada em sua forma legal (há uma lei que diferencia “polícia judiciária” de “polícia administrativa”), mas não ganha muita

<sup>171</sup>“A publica administração deve prohibir a venda de todos os gêneros alimentícios insalubres ou nocivos á saúde publica, e fiscalizar'cuidadosamente os matadouros e açougues” (CASTRO, 1914, p.166).

<sup>172</sup>“Muitas industrias podem ser nocivas ou perigosas não somente aos próprios operários, como também aos moradores da vizinhança; é, portanto, perfeitamente justificada a acção preventiva dos poderes públicos, principalmente na defesa das mulheres e creanças, victimas freqüentes das explorações industriaes” (CASTRO, 1914, p.166-167).

<sup>173</sup>Viveiros de Castro, por exemplo, mostra-se contrário à proibição para as mulheres de “trabalhar de noite, e nos domingos, assim como no período de oito semanas antes e depois de terem os partos”, porque: “Neste assumpto, é inconveniente a intervenção do Estado; somente as associações particulares de beneficência poderiam fornecer ás mulheres operárias os meios de deixarem voluntariamente o trabalho no ultimo período da gravidez e nos dous mezes seguintes ao parto” (CASTRO, 1914, p.168-169)

<sup>174</sup>CASTRO, 1914, p.172, G.N.

atenção. Enfim, o conceito de polícia é cuidadosa e restritivamente empregado por Viveiros de Castro.

Mas é importante notar que, além da parte que trata da instituição policial em si, ela só aparece para tratar de saúde pública (a área que já defendia, antes, em sua doutrina estatal, a intervenção do poder público) e rapidamente ao tratar da questão do trabalho. É possível que a nomenclatura esteja ligada com a formação de Viveiros de Castro, que ele a tenha empregado exatamente na parte de “Sciencia da Administração” porque seu conhecimento sobre a mesma vinha das cadeiras criadas ao final do Império. Não obstante, o essencial é que a palavra foi empregada – e somente para a área de saúde pública.

A seção sobre saúde pública de Viveiros de Castro situa-se na parte em que trata da “Sciencia da Administração”. Não fica totalmente claro, por conseguinte, até que ponto tais prescrições podem ser utilizadas como argumentos jurídicos ou transpostos para ações efetivas.

### 3.1.2 ALCIDES CRUZ

O começo da definição de Alcides Cruz possui o elemento geral da preventividade, mas se mostra menos temeroso em utilizar e trabalhar o conceito – aliás, deixando logo bem claro que serve basicamente para limitar a liberdade individual:

Chama-se *polícia* a actividade administrativa, que por meios coercivos, tem por fim prevenir a manutenção da ordem publica interna, e prover a defesa contra os perigos. Do livre exercicio da acção pessoal do individuo, pôdem derivar perigos sociaes, e eis porque o Estado, no interesse da segurança da communhão, impõe limitações ao exercicio da liberdade individual, usando de uma faculdade apropriada a tal fim, e que é a *policial*, ou poder de policia. A ideia de policia traduz-se, portanto no principio da defesa da pessoa fisica, garantida pelo Estado, em commum beneficio de todos.<sup>175</sup>

---

<sup>175</sup> CRUZ, 1910, p.136-137

O jurista gaúcho escreveu que tanto o Direito quanto a “policia restringem a liberdade individual”, impondo-lhe “limitações ás quaes ella não póde exceder, e reduzindo-a á coercividade de um e de outro regimen, cujo conteudo é um só: o sacrificio da livre acção de um em beneficio da commnnhão”. O regime de direito e o regime de polícia eram distinguíveis porque o primeiro serve para reprimir atos já ocorridos, e o segundo serve para prevenir que tais atos ocorram e para preservar a ordem pública.<sup>176</sup>

Para Alcides Cruz, o poder policial exercer-se-ia por vários meios, dos quais pode-se abstrair os seguintes princípios: a) o exercício da liberdade individual pode ser limitado por normas (“*regulamentos, posturas, etc.*”), ou “*por injuncções da autoridade administrativa*”, assegurando a ordem pública “por um processo coactivo, que não é o unico”; b) a “regulamentação dos serviços publicos” é “outra fórmula coactiva pela qual se impõe a ordem”; c) “todo o acto policial deve basear-se em leis que o justifiquem. de sorte que, por sua vez, a policia tem seu exercicio tambem condicionado ás limitações que lhe impõe a lei”; d) “os processos . empregados pela policia para a garantia da ordem, fazem-se respeitar pela força publica quando o não puderem ser voluntariamente”; e) por fim, e resumindo os outros, “a policia consegue a realidade dos seus fins mediante o exercicio de tres direitos: o de regulamentação; o de criar, organizar e dirigir os serviços publicos; o de dispôr da força publica”.<sup>177</sup>

Alcidez Cruz trabalha, ainda, com a divisão de dois tipos de “polícia”: “polícia judiciária” e “polícia administrativa”.<sup>178</sup> A primeira tem como dever investigar e produzir provas, coletando as informações necessárias para utilização em julgamentos penais – sendo, assim, essencialmente repressora, ao atuar após a

---

<sup>176</sup> CRUZ, 1910, p.137-138

<sup>177</sup> CRUZ, 1910, p.138-139

<sup>178</sup> Divisão comum já em sua época, até Viveiros de Castro a reconheceu (cf. 1914, p.154) – mas como não a aprofundou não citamos quando tratamos de sua obra. A divisão foi expressamente estabelecida por legislação, no Brasil, pelo Decreto 4763 de 1903, no qual constava: “art.3º A policia é judiciaria ou criminal, administrativa e politica. As duas primeiras incumbem a todas as autoridades policiaes, pela fórmula adeante discriminada; a policia politica compete privativamente ao chefe de policia, de accordo com as ordens e instrucções do Ministro da Justiça”.

consumação do crime.<sup>179</sup> A segunda “tem por fim prevenir a pratica das contravenções e dos crimes, e punir os contraventores”. Mas o autor não se mostra satisfeito com tal divisão:

A distincção da policia em *judiciaria* e em *administrativa*, de procedencia francêsa e universalmente acceita, menos pelos povos influenciados pelo direito inglês (Gran Bretanha e Estados Unidos), é defeituosa e arbitraria. A natureza juridica da policia judiciaria fá-la perder o character policial para enquadrá-la na justiça criminal, de que é um simples ramo. O seu papel, os seus fins, a sua acção, só se inspiram em leis processuaes penaes, e as funcções não passam de actos preparatorios da applicação da lei penal. **Não é propriamente policia; se no justo conceito de O. Mayer o fim da policia - é a defesa contra os perigos - ainda que sobrace actividades que nada tem de commum entre si, como a construcção de diques contra as inundações, o tratamento de doenças contagiosas em hospitaes, a aquisição de bombas para extinguir incendios, a illuminação das cidades no interesse da segurança publica, só a *administrativa* é a verdadeira policia.**<sup>180</sup>

Daqui já começa a delinear-se seu conceito de “polícia”. E cada vez fica mais evidente que, para Alcides Cruz, “polícia” não significa tão somente a instituição de segurança pública, e tampouco suas atividades estão tão restritas quanto em Viveiros de Castro. O conceito é extremamente amplo. Parece certo afirmar que a crítica do autor vai no sentido de que a conceituação “polícia judiciária”, ao submeter-se às normas penais, limita sem sentido a “polícia administrativa”.

O jurista ainda divide a “polícia administrativa” em duas: a) polícia de segurança, “cujo fim exclusivo é o da manutenção da ordem publica material”; b) polícia administrativa propriamente dita, “cujo objecto é o acautelamento dos interesses sociaes da communhão sob o ponto de vista da incolumidade publica, taes como: os bons costumes, a industria, o commercio, a salubridade publica, etc”.<sup>181</sup>

<sup>179</sup>“A policia judiciaria tem por designio proceder a indagações, buscar provas, descobrir os criminosos, emfim, preparar os elementos com que a jurisdicção penal reprime as violações do direito, que por sua natureza perturbam a ordem publica. Opinam os autores allemães que esta parte da policia pertence ao dominio do direito penal e não ao do administrativo, o que parece razoavel, se se tiver em conta a sua indole perfeitamente lurisdiccional” (CRUZ, 1910, p.139)

<sup>180</sup>CRUZ, 1910, p.140, G.N.

<sup>181</sup>CRUZ, 1910, p.141

Quanto ao exercício da liberdade de pensamento, de reunião, de imprensa, de religião e de associação, a tendência é collocar o exercício de taes liberdades sob o verdadeiro regimen do direito, conforme se deduz do estudo dos codigos penaes. A policia industrial, sobretudo no que respeita a legislação operaria, tambem começa a recair largamente no domínio do regimen do direito. O regimen da policia limitar-se-á a garantia da segurança e da tranquillidade publicas nas ruas e nos lugares frequentados pelo povo, e predominará especialmente em assumptos de hygiene.<sup>182</sup>

A citação acima parece indicar um discurso similar ao de Viveiros de Castro, ou seja, de “polícia” mais limitada. Mas é possível encontrar a divergência entre as opiniões desses dois autores lendo a passagem de forma diferente. Se for lida como prescrição, percebe-se que, embora o ideal seja tutelar a maioria das áreas sob o regime do direito ao invés do de polícia, é apenas uma indicação cuja concretização se dará futuramente. Até lá, é o regime de polícia que controla tais áreas. Em outras palavras, enquanto Viveiros de Castro entendia que havia áreas em que a “polícia” não poderia intervir, Alcides Cruz entendia que a “polícia” poderia intervir até essas áreas serem tuteladas pelo regime de Direito.

Os próximos desenvolvimentos do texto mostrarão como Alcides Cruz não compreendia a polícia tão restritamente:

Abrange o conjuncto das medidas regulamentares proferidas pelo poder municipal, e as policias especiaes, criadas pelo poder publico estadual, se bem que não venham enumeradas nas respectivas leis de organização policial. São tão numerosas as actividades que recâem sob o dominio das leis policiaes, que, dizendo-se são todas as medidas assecutorias da ordem e da salubridade publicas, ainda assim pôde ser contestado o haver-se dito tudo.<sup>183</sup>

A “polícia administrativa” seria competente para “manter a tranquillidade e a commodidade da circulação nas ruas, cáes e praças”. Baseando-se na Lei de 1828, art. 66, o autor entende que tal competência abrangeria: a) “estado material da via publica”, i.e., o “alinhamento della e o das casas, a limpeza e a illuminação”, cabendo à autoridade pública, também, a inspeção e fiscalização dos lugares públicos (e.g., igrejas, “salas de espetaculo”, bailes, concertos e “exibições em geral”), cujo funcionamento ficaria condicionado à conclusão favorável por parte do

---

<sup>182</sup>CRUZ, 1910, p.141

<sup>183</sup>CRUZ, 1910, p.143-144



poder público; b) “a circulação da via publica”, ou seja, sendo “objecto de regulamentação policial o transito dos vehiculos e o impedimento delle por certas ruas”; c) a “tranquillidade na via publica”.<sup>184</sup> A “polícia administrativa” seria competente, também, para cuidar da segurança pública: i) o “serviço de extincção de incêndios, bem como todos quantos sejam necessarios para tornar inocuos varios factos na maioria occasionados por forças naturaes, que possam pôr em perigo não só partes do territorio como a população”; ii) “A defesa contra as inundações, as corrosões do mar, etc., que consiste ou na construcção de obras taes como paredões, consolidações e replantação de mattas marginaes, ou no aproveitamento de forças naturaes que possam obstar o maleficio resultante daquelles fenomenos”; iii) “A regulamentação . das industrias perigosas”.<sup>185</sup>

Caberia à “polícia administrativa”, ainda, algumas atividades menores, essencialmente práticas ou burocráticas e contingenciais como: a) “evitar rixas e compôr as partes”, estando “limitada á intervenção nas desavenças provenientes de quaesquer questões ou ajustes de pequena monta, resoluveis de plano”, com intuito de evitar as “rixas e suas consequencias”; b) fazer “cumprir os mandados de autoridades judiciais, mediante previa requisição”; c) limitar direitos individuais (por exemplo, as liberdades de ir e vir de certas “classes”, de imprensa e de reunião). Esta última parte recebeu mais atenção do autor, pois trata de tema sensível. O autor alerta que o recolhimento de algumas “classes de pessoas, como os mendigos”, por parte da polícia não é aconselhável. Porque o “asilamento” é “um meio termo entre o hospital e o carcere”, a autoridade não poderia “arbitrariamente recolher ninguem ao asilo”, já que essa reclusão implicaria “num encarceramento, ainda que de genero especial”. Quanto às liberdades de imprensa e reunião, o autor,

---

<sup>184</sup> Como Alcides Cruz mesmo apontou, a proposição tem “sentido muito amplo”. Está contida “no art. 71 da lei de 1828, concebido nestes termos - ‘promover e manter a tranquillidade, segurança...’. Applica-se: ao que respeita o uso de armas prohibidas sem licença da autoridade (...), ás manifestações ruidosas (pelo que seria de summa conveniencia a prohibição formal de se fazer nellas o emprego de foguetes e especialmente dos de dinamite, não só pelo perigo de incendio a que ficam expostos os edificios, como pelo mal que occasiam ás pessoas doentes e nervosas); as rusgas; as vozerias nas ruas em horas adiantados da route; as obscenidades proferidas nas ruas; a divagação de loucos, ebrios e animaes ferozes ou hidrofobos, assumptos estes propriamente pertencentes á policia de segurança” (CRUZ, 1910, p.146).

<sup>185</sup> Todas as citações do parágrafo encontram-se em CRUZ, 1910, p.145-147

embora afirme que a ação policial deva ser mais restrita em relação a esses direitos, percebe ser necessário alguns limites. Alcides Cruz chega a afirmar que, no Brasil, “a imprensa brasileira escapa ao regimen de policia”, e “a censura teatral, importantissima limitação á liberdade de pensamento e de imprensa, nenhuma sancção encontra no regimen policial patrio”. Enquanto a liberdade de reunião e de associação estaria “sujeita a restricções mais positivas: á policia compete dissolver os ajuntamentos illicitos, empregando a força, se as pessoas presentes não obedecerem á previa intimação da autoridade”.<sup>186</sup>

Do emaranhado de atividades descritas, percebe-se que a “polícia” recebe muitas outras atribuições que não seriam aceitas por Viveiros de Castro (e nem por Oliveira Santos). A ênfase no controle social é um dos elementos que deve ser destacado da descrição acima. A ameaça do anarquismo, os acirramentos de conflitos entre operários e chefes de indústria, a mendicidade e a prostituição assinalavam graves problemas à vida urbana. Mesmo que tenha sido lembrado pelo autor algumas ressalvas ao tratamento dessas classes segregadas, não se deve deixar escapar que o que é fundamentado nessa seção da obra é o instituto jurídico que permite a ação estatal no controle social disciplinador.

O autor, por fim, trouxe uma classificação de “policias especiaes”. As quais seriam: a) polícia sanitária; b) polícia dos costumes; c) polícia rural; d) polícias da caça, pesca e minas; e) polícia comercial e industrial; f) polícia viária.

A polícia sanitária, “exercida concorrentemente pela União, pelos Estados e pelos Municipios”, compreende: i) o “exercício das profissões sanitarias”, i.e., a fiscalização do cumprimento de requisitos mínimos para a atuação da profissão médica e para manter estabelecimentos farmacêuticos; ii) a “acção contra a difusão das molestias infecciosas”, a profilaxia geral das doenças (cabendo poder público a “notificação”, o “isolamento”, a “desinfecção” e a “vigilancia medica” dos casos); iii) a “higiene do solo e das habitações”; iv) a “policia mortuaria”; v) a “das industrias perigosas e insalubres”, compreendendo aqui a “policia maritima”, que cuida dos

---

<sup>186</sup> CRUZ, 1910, p.147-149

portos e das embarcações internacionais<sup>187</sup>; vi) a “dos alimentos e das bebidas”; vii) a “industrial e commercial”.<sup>188</sup>

Sobre a polícia dos costumes, o autor escreveu pouco, detendo-se em exemplos possíveis de atuação de acordo com sua interpretação da legislação:

A lei de 1º de outubro de 1828 trata da repressão dos ultrages á decencia publica, mandando reprimir as injurias e as obscenidades contra os bons costumes (art. 66 § 40); são prohibidos os espectaculos nas ruas, praças e arraiaes sempre que offendam a moral publica (id. § 12); bem como o má tracto dos animaes (materia prevista em posturas municipaes); a embriaguez em publico (cod. pen. art. 366); os jogos de asar (id. art.369); etc...<sup>189</sup>

A polícia rural é “a policia dos campos e nella se compreende a policia dos cursos d'agua não navegaveis, a hydraulica agrícola, a das irrigações, a policia sanitaria dos animaes”. Alcidez Cruz comentou acerca desse tipo de polícia:

Tão sabias medidas jamais foram observadas, até parecendo que certas municipalidades não têm dellas a minima noticia; nem mesmo era de esperar qualquer providencia num sentido que demandaria energica e intelligente iniciativa, quando em outros assumptos, o poder municipal condescende bondosamente, como no caso de se impedir uma estrada publica seja atravancada com porteiras, e no de tapumes sem que se reservem *lugares onde pastem e descansem os gados* (...), o que torna penosíssimo o viajar em dias estivaes, atravez da campanha desabrigada e sem pastagens e aguadas proximas.<sup>190</sup>

As polícias de caça, pesca, florestas e minas tratam de limitar a exploração das propriedades em determinados casos, que ficariam sujeitos “a limitações impostas pela policia, no interesse publico geral e em virtude do proprio conceito do poder policial”. As “varias restricções impostas ao direito de caçar fundam-se em , medidas quer de ordem economica, quer social”. Tais restricções tem como fundamento a preservação das aves e o cuidado que deve existir por causa do uso de armas de fogo na caça. O autor ainda defende que seria “muito conveniente (...) um imposto a gravar o caçador”. A polícia da pesca fundamenta-se também pela

<sup>187</sup> Lembrando que “A policia sanitaria maritima é extensiva não só aos navios que chegam e que partem, como aos fundeados nos portos e aos passageiros delles durante a viagem” (CRUZ, 1910, p.154)

<sup>188</sup> CRUZ, 1910, p.149-155

<sup>189</sup> CRUZ, 1910, p.155

<sup>190</sup> CRUZ, 1910, p.156

preservação dos peixes e da higiene pública. A polícia florestal serve para “impedir a devastação das mattas quer publicas quer particulares”. A polícia das minas serve para evitar danificações em propriedades alheias e pela segurança e saúde dos mineradores.<sup>191</sup>

A polícia “commercial e industrial” deverá prover sobre “a uniformidade dos padrões, pesos e medidas que devem ter os vendedores, comminando penas aos infractores, afim de impedir qualquer fraude; e sem que taxem o preço dos generos alimenticios”. E, “por ser contrario a liberdade de commercio, deve a policia impedir as especulações abusivas capazes de desviar os viveres do mercado publico, ou encarecê-los por meio de monopolios odiosos, sobretudo em occasião de calamidades publicas”. Essa polícia ainda possui a faculdade de “impedir a venda de polvora, ou da de quaesquer outros explosivos em lugares que não os designados por ella, bem como o de determinar os lugares em que seja permittida a manufactura de fogos de artifício (...), da dinamite etc”.<sup>192</sup> Todas esses controles do setor econômico são em grande parte não muito distintos daqueles apresentados pela doutrina brasileira do Império. São, portanto, formas “velhas” de controle do mercado, que podem, todavia, ser utilizadas para novas formas para a intervenção econômica.

Por último, a polícia “ferro-viaria”

tem por objecto exigir as necessarias precauções para garantir a segurança dos viajantes e dos transeuntes, e da propriedade dos moradores da zona atravessada por ellas, para o que as empresas são obrigadas a ter cercado o respectivo leito; a impôr uma vigilante conservação da linha; a prevenir e a reprimir os delictos e as faltas do seu pessoal etc.<sup>193</sup>

O autor procurou, em todos os pontos, trazer alguma base legal, isto é, legislação para embasar e reforçar seus argumentos. Eram leis do Império, leis estaduais, algumas federais e alguns decretos (e.g., a própria constituição do estado do Rio Grande do Sul, a lei n.º 11 de 4 de janeiro de 1896 e a lei de 1.º de setembro

---

<sup>191</sup>CRUZ, 1910, p.156-158

<sup>192</sup>CRUZ, 1910, p.158-159

<sup>193</sup>CRUZ, 1910, p.159

de 1828). O que demonstra a preocupação do autor em fundamentar seus argumentos não tão somente na dogmática, mas em leis já existentes. Tal fato pode ser indício de que o “poder de polícia” não era argumento jurídico forte, necessitando de complementos para fortalecê-lo. Ou, ainda, pode ser que o uso da referência legal (em face da fungibilidade e abertura do instituto jurídico) deu os contornos ao elencar as atividades da “polícia administrativa” - o que não necessariamente exclui a hipótese da frase anterior.

Alcidez Cruz, utilizou amplamente o conceito de “polícia” e o “poder de polícia” em sua doutrina. Mesmo que tenha buscado as referências legais, fica claro o uso do instituto jurídico também para legitimar diversas atividades estatais que talvez não estivessem tão fundamentadas em leis aprovadas anteriormente.

### 3.1.3 OLIVEIRA SANTOS

Oliveira Santos apenas menciona “polícia administrativa” em uma página de seu livro. Segue a passagem de forma integral:

Por outro lado, a acção administrativa póde ser positiva ou negativa. É negativa quando, por exemplo, *procura impedir a perturbação da ordem publica, fazendo o possivel por se manter cada cidadão no limite de seus direitos*. É a missão especialmente destinada á policia administrativa. A administração é positiva quando dirige certos serviços de interesse geral, de cujos beneficios ou vantagens ficariam privados os administrados e o proprio Estado si este, na impossibilidade de os confiar á iniciativa individual, não procurasse, por outros meios, a sua effectividade tanto no interesse geral da nação, com a bem da realização dos fins do Estado. Assim; por exemplo, quando a administração manda deseccar um pantano para purificar uma atmospherá putrida, construir um caminho ou abrir um canal que tenha por fim facilitar a communicacção com um centro de producção ou de consumo, *age* e não *impede*; pratica, por consequencia, *acto directo e positivo*.<sup>194</sup>

Até Oliveira Santos, que é mais liberal dos autores analisados, não deixou de utilizar-se da fórmula “polícia” para fundamentar a intervenção estatal. Se

---

<sup>194</sup> SANTOS, 1919, p.303

compararmos com o resto de sua doutrina de Estado, porém, não há dúvidas que a intervenção está limitada a poucas exceções.

Outra característica que deve ser destacada da passagem acima é que, até para o autor em teoria menos favorável ao intervencionismo, a área da saúde pública é essencial e demanda intervenção. Tal ênfase pode ter uma explicação que foge do plano teórico: o medo real por parte da elite de contrair doenças fazia com que as autoridades fossem mais facilmente acionadas em casos de higiene e saúde pública.<sup>195</sup>

### **3.1.4 AARÃO REIS**

Para Aarão Reis é o conceito de “serviço público” que servirá para a fundamentação jurídica da intervenção estatal. O conceito de “polícia” surge em alguns pontos, mostrando-se potencialmente forte, mas ele não é tão empregado quanto na doutrina de Alcides Cruz, por exemplo. Embora não haja resposta totalmente averiguável do porquê da preferência, pode-se pensar em hipóteses explicativas: a) o argumento jurídico do “poder de polícia” não era satisfatório para Aarão Reis ou por sua fragilidade ou por suas limitações; b) a exigência de uma clareza maior levou o autor a eleger o conceito de “serviço público” como fundamento jurídico central; c) o uso deve-se à referência de Duguit como principal autor utilizado na obra.

Os serviços públicos são classificados em três por Aarão Reis: a) serviços de defesa; b) serviços de garantia; c) serviços de prosperidade.

Os primeiros são em grande parte os mesmos que as antigas funções de defesa e segurança impunham ao Estado – preservar a ordem, garantir a incolumidade física dos cidadãos, garantir seus direitos pela polícia e pela Justiça. Há, contudo, um ponto novo adicionado: é o de “combater, em benefício coletivo, as

---

<sup>195</sup>Essa consideração vem de SEELAENDER, 2006

*epidemias, as causas de insalubridade, a mizéria, o pauperismo, etc, amparando, simultaneamente. os enfermos, os inválidos, os órfãos e os desvalídos em geral*".<sup>196</sup> O autor inclui nessa categoria, portanto, a saúde pública - detendo-se em diversos detalhes e minúcias sobre a atuação nesse campo. As várias descrições de tipos diferentes de atuação e o aprofundamento detalhista em tal campo tem paralelo apenas com Viveiros de Castro.<sup>197</sup> Talvez esse aprofundamento no tema deva-se à sua formação de engenheiro, mas o que é importante é notar que, independente da causa, o conteúdo técnico detalhado nessa parte prescreve e explicita diversas formas de atuação para o estadista que o estiver lendo.

Aarão Reis, ao rememorar a atuação de Oswaldo Cruz no Rio de Janeiro, demonstrou apoiar os acontecimentos do governo de Rodrigues Alves e a atuação estatal naqueles primeiros anos do séc. XX:

Quando (...) o benemérito Presidente Rodrigues Alves – carecendo executar a importantíssima parte do seu programa governamental, que prometia a *eliminação da febre amarela*, até então *endêmica* na *Capital Federal*, e tendo de cuidar, ao mesmo tempo, como base imprecindível, da *salubridade local* — confiou, com rara felicidade, que poz em brilhante relevo o alto tino governamental de tão saudozo estadista brasileiro, a dupla solução desse magno problema nacional às

<sup>196</sup> REIS, 1923, p.362

<sup>197</sup> Alguns exemplos de atividades, nas palavras de Aarão Reis: **“As notificações, os isolamentos, as dezinfecções, as vijilancias médicas e, mesmo, as vacinações**, quando aconselhadas por *observações generalizadas incontestáveis*, não importam em *infrações constitucionais*; porquanto, nem uma liberdade há que deva de ser *exercitada*, com *restrição* da liberdade de *outrem* e que possa ser *garantida* pelo Estado aos indivíduos sem determinadas *restrições* exigidas pela normalidade da vida em comum, imprecindível à própria existência e ao próprio gozo de tais liberdades E o mesmo póde-se dizer a respeito da alta *conveniência coletiva social* de serem sujeitos á **fiscalização os gêneros alimentícios**, oferecidos ao consumo publico sob as diversas e múltiplas *garantias* com que o Estado ampara a produção, a circulação e o próprio comércio, — cujas pretendidas liberdades não podem abranjer, também, a de envenenar os indivíduos, depauperando a própria nação” (1923, p.405, G.N.). E, enfatizando a engenharia como saber imprescindível da atuação estatal em tal ramo, ainda cita: “Acréce que a construção das habitações domésticas e, principalmente, dos edifícios destinados a reuniões coletivas, exijem — quanto á *cubação de ar*, á *normal renovação deste*, á *ventilação*, ao *refrescamento*, ou *aquecimento*, etc. — condições de *higiene e de salubridade* que só a enjenharia pôde estabelecer e assegurar de modo satisfatório. E o mesmo sucede em relação á **pavimentação das ruas, entradas, praças e mais logradouros públicos e, ainda, em relação aos cursos d’água, lagoas, mangues, pântanos, etc**, que mistér se torne regularizar, modificar, ou eliminar, para o conveniente *saneamento* do povoado; —o que tudo define, clara e expressamente, a alta e importantíssima missão que á enjenharia cabe — quiçá mais do que á própria medicina — no que respeita á saúde pública, á *higiene* e á *salubridade*” (1923, p.410, G.N.). Por fim, Aarão Reis entendeu que os socorros públicos e a assistência entrariam aqui como outra categoria de atividades: “E essa assistência requer, para ser devidamente eficiente, não só as *pensões* temporárias e vitalícias, em cazos de *licenças* e de *apazentadorias*, e os *montepios* em cazos de *falecimento*, mas, ainda, e, também, a *construção e o funcionamento* de azilos de *mendicidade e velhice*, *orfanatos de criação e de educação*, *sanatórios de convalescença e revigoração*, *manicômios*, etc., onde—desveladamente recolhidos, encontrem todos esses míseros *desamparados da sorte* — crianças e adultos, de ambos os sexos” (REIS, 1923, p.412)

excepcionais capacidades profissionais de Pereira Passos e de Oswaldo Cruz, o surpreendente êxito, em inesperado curto prazo, de tão meritória campanha revelou, desde logo, que só a atividade administrativa dum órgão nacional, capaz de *orientação política convergente*, seria lícito tornar, cabalmente, eficiente tarefa tão difícil, quanto essencial á prosperidade da nação. E, desde então, se iniciou, no país, a evolução que, felizmente, tende, já, a proporcionar seus frutos benéficos.<sup>198</sup>

Os segundos (serviços públicos de garantia), tendem a “precar os cidadãos contra os *prejuízos*, os *malefícios* e os *danos* derivados de possíveis *fraudes*, *embustes* e *ardilezas*” referentes, em geral, a relações comerciais.<sup>199</sup>

Os terceiros (serviços públicos de prosperidade) servem para:

promover a gradual e incessante elevação do nível médio generalizado do *conforto* e do *bem-estar* dos cidadãos, por meio da crescente prosperidade material, intelectual e moral da nação, preparando e aperfeiçoando, sem cessar, a circulação, impulsionando por todos os meios e modos a produção, facilitando, quanto e como possível, a expansão do comércio, animando e provocando o progresso industrial, disseminando e aperfeiçoando a instrução popular, amparando as descobertas científicas e suas variadíssimas aplicações práticas, estimulando as artes e aperfeiçoando os ofícios, velando, patrioticamente, pela educação física e moral das novas gerações e elevando e enobrecendo —de contínuo e, sempre, cada vez mais—o sentimento nacional. . Ajindo privilegiadamente, concorrendo com as iniciativas particulares, ou estimulando, apenas, a ação destas e só interferindo quando ineficiente tal ação, — cabe, sempre, ao Estado a missão de promover tudo quanto seja não somente necessário, porém, mesmo, apenas útil á vida nacional comum.<sup>200</sup>

Em todos os tipos de serviços classificados por Aarão Reis percebe-se um aumento das atividades do Estado. O Estado de Aarão Reis engloba diversas atividades que os outros negligenciam. A característica mais técnica de sua obra ainda faz com que muitos detalhes sejam frisados. Poucas partes são descritas de forma genérica, sempre havendo exemplos e/ou aprofundamentos de ordem prática que complementam suas explicações. Decorre que a atividade estatal ganha novos contornos, tornando-se bem mais perceptível e até defensável.

### 3.2 “A RUA É A POLÍCIA TODA INTEIRA”: AURELINO LEAL E O PODER DE POLÍCIA

---

<sup>198</sup> REIS, 1923, p.398

<sup>199</sup> REIS, 1923, p.362

<sup>200</sup> REIS, 1923, p.362



Gostava muito do Senhor Aurelino Leal, pois me pareceu sempre que tinha horror às violências e arbitrariedades da tradição do nosso Santo Ofício policial. Quando a Gazeta de Notícias andou dizendo que Sua Senhoria cultivava amoricos pelas bandas da Tijuca, ainda mais gostei do doutor Aurelino. (...) Mas o Senhor Aurelino, que ia fazer versos ou coisa parecida no Lago das Fadas, no Excelsior, na gruta Paulo e Virgínia, lá na maravilhosa floresta da Tijuca, deu agora para Fouché caviloso, para Pina Manique ultramontano do Estado, para Trepoff, para inquisidor do candomblé republicano, não hesitando em cercear a liberdade de pensamento e o direito de reunião, etc. Tudo isto me fez cair a alma aos pés e fiquei triste com essa transformação do atual chefe de polícia (...) (BARRETO, 2013, p.79-80)

(...) porque a rua é a policia toda inteira (...) (LEAL, 1918, p.176)

A análise sobre a construção jurídica do poder de polícia não estaria completa sem mencionar e tratar a obra “Polícia e Poder de Polícia” de Aurelino Leal<sup>201</sup>. Apesar de não ser rigorosamente uma doutrina de direito administrativo, é a obra que mais se aprofunda em tal instituto jurídico. Aliás, foi possivelmente a mais influente para a implementação prática do fundamento jurídico em tribunais e para a difusão do instituto.

Devemos, entretanto, esclarecer que nos parece bem plausível que a figura pessoal de Aurelino tenha influenciado muito mais que qualquer publicação

<sup>201</sup> Advogado, jornalista, político e professor, Aurelino de Araújo Leal nasceu em 1877, na Bahia, filho de Coronel que era importante chefe político local. Maximiano levou seu filho Aurelino para a capital, Salvador, a fim de que este iniciasse seus estudos na Faculdade Livre de Direito da Bahia. Exerceu a advocacia, o trabalho de jornalista e ocupou o cargo de promotor público. Mas foi no final da segunda década que, “no momento em que se preparava para a candidatura a deputado federal pela Bahia, foi escolhido pelo Presidente da República Wenceslau Brás para comandar a Polícia da Capital Federal, onde foi Chefe no período 1914-1919. Sua primeira atitude foi escolher seus auxiliares e novos delegados e afastar aqueles que usavam o cargo com intenções políticas. Ciente das possibilidades de infidelidade que o jogo político oferecia, Aurelino considerava que a Polícia deveria estar afastada de qualquer influência política. Durante sua administração, a Polícia muitas vezes foi acusada de autoritarismo. Certa vez, ao proibir a prostituição em determinadas ruas da cidade, Aurelino teve sua autoridade questionada através do *habeas-corpus* requerido por algumas prostitutas. Aurelino reafirmou a legalidade de seu ato e foi apoiado pelo Supremo Tribunal Federal. O mesmo sucesso teve quando, ao proibir que um médico-legista fornecesse informações à imprensa sobre seu trabalho, teve o pedido de *habeas-corpus* desse funcionário da Polícia rejeitado pelo Tribunal. Para enfrentar essas situações e a fim de definir legalmente o poder de Polícia, o poder regulamentar de seu Chefe e estabelecer a competência da Polícia e da Justiça, Aurelino planejou e organizou a Conferência Judiciária-Policial, que foi o primeiro grande encontro no país entre as instituições de controle social, realizada no ano de 1917 no Rio de Janeiro, então Capital Federal. Até então, nenhum outro encontro entre as instituições de controle social havia sido realizado, a fim de ambas discutirem procedimentos e normas legais.” (PIRES, 2002)

textual à época. Em uma cultura, como a da Primeira República, que estava muito mais voltada à oralidade, as falas de Aurelino Leal durante a conferência judiciária-policial de 1917 e sua rede de contatos pessoais parecem ter sido muito mais efetivas na divulgação e convencimento do uso do instituto do poder de polícia – como ficará indicado pela análise das fontes.

A obra de Aurelino possui três grandes diferenças em relação às outras: a) o gênero literário; b) o público-alvo; c) o tratamento do instituto.

Quanto ao ponto (a): O livro de Aurelino Leal é uma compilação de palestras, entrevistas e discursos proferidos na conferência judiciária-policial de 3 de maio de 1917. São mais identificáveis, por conseguinte, algumas das intenções do autor; e.g., o fortalecimento do Chefe de polícia, a repressão das greves, a harmonização da polícia com o judiciário.

Quanto ao ponto (b): o público-alvo de Aurelino consistia em autoridades, juízes (ao invés de estudantes, advogados, servidores – como nos outros). O que permitia ir direto ao ponto, mas também exigia um cuidado maior no detalhamento da argumentação e em sua fundamentação.

Quanto ao ponto (c): Outro ponto que diferencia a obra em tela das outras trabalhadas é que o poder de polícia foi utilizado como legitimação quase que exclusivamente da instituição policial, e não da Administração como um todo. O poder de polícia, nesse particular, é descrito como atribuição por excelência da instituição que garante a segurança pública. Não obstante o aumento das atribuições concedidas à polícia, ela não será administrativamente capaz de gerenciar totalmente os serviços públicos, limitando-se muito mais à tarefa do controle social.

Aurelino Leal, em seu discurso, procurou realçar as ligações entre judiciário e polícia e a vantagem da cooperação entre ambos. Em seu ver, as duas instituições, mesmo que essencialmente diferentes, teriam o mesmo objetivo (a

manutenção da ordem) e se complementariam.<sup>202</sup> A maioria dos objetivos da conferência, descritos por Aurelino, trazia como objeto a relação entre Justiça e polícia:

Quando comecei a dar os primeiros passos tendentes à realização desta Conferência, disse, em carta-circular dirigida aos seus actuaes membros, que os seus intuitos seriam: 1º, estreitar os laços de harmonia entre os membros da magistratura e as autoridades policiaes; 2º, discutir a organização do serviço de policia no Districto Federal; 3º, esclarecer as questões limitrophes ou de interesse commum á Justiça e á Policia; 4º, traçar com a possível clareza a linha de acção legal da Policia, diminuindo as possibilidades do poder arbitrário.<sup>203</sup>

Em tal esquema, o chefe de polícia deveria manter diálogo direto com os magistrados para que as ações de ambos pudessem ser potencializadas. Tal relação, no ver de Aurelino Leal, não seria imprópria ou antijurídica:

De facto, um chefe de Policia é um alto representante do Poder Executivo, e deve, neste character, procurar os membros da magistratura, com eles conferenciar em nome da ordem publica, esclarecendo a sua conducta em relação a providencias que haja tomado, susceptíveis de reflectir no domínio judiciário. Não há nisto nenhum atentado á probidade dos que julgam, nem mesmo condescendência de sua parte em ouvirem as autoridades policiaes. Esse gênero de relações é perfeitamente constitucional. Os poderes públicos, comquanto independentes, são harmônicos, e essa harmonia pôde receber todas as fôrmas exteriores e praticas que, conservando a integridade de todos, aumente a somma de benefícios comuns.<sup>204</sup>

Aqui, já evidencia-se o peso de uma rede de contatos pessoais, mesmo que de forma abstrata. O autor até confessa que tal relação o tem ajudado muito em sua atuação policial.<sup>205</sup> A constatação de que a rede pessoal de Aurelino teve peso fundamental na difusão do instituto jurídico do “poder de polícia” e no próprio fortalecimento do controle social pelas instituições estatais fica evidente pelas suas próprias palavras.<sup>206</sup>

---

<sup>202</sup>“Uma attende á solicitação que lhe fazem os direitos prejudicados; a outra vigia por que esses direitos não sejam atingidos” (LEAL, 1918, p.6).

<sup>203</sup>LEAL, 1918, p.5-6

<sup>204</sup>LEAL, 1918, p.7

<sup>205</sup>LEAL, 1918, p.7

<sup>206</sup>LEAL, 1918, p.7 e seguintes

O campo do poder de polícia, de acordo com o jurista, indicava uma tensão existente entre Justiça e Administração. Isso porque as atividades administrativas da polícia poderiam ser facilmente anuladas quando os tribunais não se mostravam favoráveis a legitimá-las. O esforço de dogmatizar (i.e., fundamentar juridicamente) detalhadamente o poder de polícia representava a tentativa de fortalecer o argumento de autoridade policial, de forma a assegurar que os atos policiais não seriam rejeitados pelo judiciário. Escreveu Aurelino que:

Quanto á policia administrativa, a sua dependência da magistratura é também evidente. Medidas que firam a liberdade podem cair com o remédio do *habeas-corpus*. Interdictos possessorios são susceptíveis de remover vexames illegaes. Nesta cruzada, pois, que se destina á manutenção da ordem, sigamos a Justiça bem orientada, a Justiça digna. **Sigamol-a, não passiva, mas activamente, collaborando com os seus representantes.**<sup>207</sup>

Quanto a seu posicionamento político, Aurelino Leal não se mostrou nada liberal ao tratar o tema, afirmando que seria preciso adotar a “doutrina de orientação conservadora” em nome do “futuro”.<sup>208</sup> Citando outras obras suas, ele defende a orientação conservadora em detrimento de um liberalismo exagerado que pode ameaçar a boa direção e ordem do governo:

Não ha collectividade que dispense a orientação conservadora. Certamente, esta seria estéril sem a luta pelos idéaes do liberalismo. É das prevenções de uma e dos outros que nasce o meio termo em que vivem os agrupamentos. Quando a política conservadora é mais forte e deixa de soffrer o reflexo ou contraste da orientação liberal, vem um momento em que é preciso augmentar a pressão para evitar uma parada de desenvolvimento. **Ao contrario, si as tendências liberaes se exaltam demasiado, o contrapeso conservador deve intervir para logo, contendo a expansão maxima do movimento.**<sup>209</sup>

É justamente essa política, disse eu, da orientação conservadora, que merece applausos da historia, política que o estudioso encontra através da nossa existência, quer na Carta de 1824. quer na revolução de 7 de abril, quer nas leis de 32 e 34. quer finalmente, na lei de interpretação. Em todas essas etapas do desenvolvimento constitucional brasileiro, a nossa garantia

---

<sup>207</sup> LEAL, 1918, p.55, G.N.

<sup>208</sup> LEAL, 1918, p.12

<sup>209</sup> LEAL, 1918, p.12, G.N.

foi sempre devida áquelles que puzeram a mão ao freio da machina e não a deixaram dispara.<sup>210</sup>

Ainda confirmou, em outra parte da obra, que a mesma era de “inspiração social conservadora”.<sup>211</sup> Em relação ao uso do poder de polícia, especificamente, escreveu:

Salvo uma ou outra restricção, consideramos legal a acção prudente da autoridade, prohibindo *meetings* criminosos, expulsando estrangeiros perigosos, fechando associações que pregam a subversão da ordem e o regimen da lei. No tocante a manifestações do pensamento, entendemos que “a Constituição brasileira explicitamente admite a regulamentação da liberdade de imprensa. O § 12, do art. 72, deixou á lei ordinária a attribuição de enumerar os *casas* que constituem *abusos* da liberdade de manifestação do pensamento. Assim, o legislador ordinário dispõe de meios efficaes para cohibir taes abusos, desde que os defina com rigor compatível com os princípios do direito penal. A lei que impedir um jornalista ou um particular de manifestar o seu pensamento em qualquer assumpto, pela imprensa ou tribuna, é inconstitucional, mas aquella que, lhe dando tal liberdade, considerar abusos palavras ou processos por elle empregados na mesma manifestação, é perfeitamente legitima”. **Tudo isso é conservador sem ser compressor. E não é compressor porque é proporcional. Pôde ser feito dentro de um círculo de cohesão liberal, sem os perigos de exaltações dissolventes.**<sup>212</sup>

Aurelino Leal baseou-se, essencialmente, em Otto Mayer para explicar o poder de polícia: o instituto seria “a manifestação do poder publico tendente a fazer cumprir o dever geral do indivíduo”. Tal dever é “para com a sociedade e a administração que defende os interesses della”, um dever considerado como “existente e innato”. É “o dever de não perturbar a boa ordem da cousa publica, de evitar cuidadosamente e impedir as perturbações que poderiam provir da sua existência”. Dever, no entanto, que não é de ordem moral, mas de natureza jurídica, devendo ser cumprido e efetivado pela polícia. É esta característica jurídica especial da polícia que a distingue de outras instituições da administração. O poder de polícia nasce da “necessidade de regular a coexistência dos homens na sociedade (...); o

---

<sup>210</sup>LEAL, 1918, p.12

<sup>211</sup>LEAL, 1918, p.54

<sup>212</sup>LEAL, 1918, p.51, G.N.

estado de consciência que se firmou no individuo de que lhe seria impossível viver bem sem submissão a esse poder”.<sup>213</sup>

Toda a fundamentação vai na linha, já característica em outros juristas analisados, de estabelecer um interesse público que deve ser protegido pela “polícia”. Tal proteção se fazia também em nome de direitos individuais, que poderiam ser ameaçados por determinadas ações humanas. Por causa disso, exigia-se, muitas vezes, a limitação de alguma liberdade individual em nome da proteção do interesse público.

O jurista baiano procurou trazer os fundamentos legislativos do poder de polícia (embora tenha mencionado pela citação de Otto Mayer que o poder de polícia é inerente e anterior mesmo à sua positivação legislativa). Para tanto, utilizou o art. 30 do decreto n.º 6.440, de 30 de março de 1907, que dispõe que:

Á policia administrativa ou preventiva incumbe em geral a vigilância em proteger a sociedade, manter a ordem e tranquillidade publicas, assegurar os direitos individuaes e auxiliar a execução dos actos e decisões da justiça e da municipalidade.<sup>214</sup>

Nas próprias palavras de Aurelino Leal, é um “circulo amplíssimo de funções”.<sup>215</sup> O jurista deixou claro que toda atividade administrativa deve estar sujeita ao regime do Direito e não pode ser arbitrária.<sup>216</sup> Decorre de tal premissa uma dificuldade à atividade policial: pela interpretação do dispositivo legal acima pode-se conceber um campo cinzento onde não está claro o que é de competência

---

<sup>213</sup>LEAL, 1918, p.79-80

<sup>214</sup>LEAL, 1918, p.81

<sup>215</sup>LEAL, 1918, p.81

<sup>216</sup>Citando Otto Mayer, Aurelino escreveu: “a máxima suprema é esta: nenhuma ordem de policia pôde ser dada validamente sem fundamento legal, isto é. De outro modo que não o da lei ou em consequência de uma autorização da lei”. (LEAL, 1918, p.26). E explicou mais: “O poder de policia tem de se manifestar dentro do regimen do direito. A *ordem* é a sua expressão de toda a hora, é o meio de todo o instante da sua realização. É preciso que ella se *acommode* ao regimen do direito, ou por outra, é preciso que ella exista concretisada em principio, em regra de direito, explicita ou implicitamente, para o fim de haver uma '*determinação formal*' ou por outra, uma *enumeração* dos deveres que o individuo tem de cumprir para 'não perturbar a bôa ordem da cousa publica'. Logo, a *ordem de policia* depende, gradativamente, da Constituição, da lei, do regulamento de policia assignado pelo ministro da Justiça, mediante decreto do Chefe do Estado, ou instrucções daquelle, dos regulamentos e instrucções do chefe de Policia, aqui comprehendidas as circulares e ordens de serviço” (LEAL, 1918, p.107)

da polícia e o que não é. A falta de legislação específica sobre o assunto gerava um empecilho cuja solução imediata seria a de uma interpretação abrangente das leis:

Individualmente, penso, abstrahindo da questão sob o ponto de vista geral, para de passagem visal-a ao prisma das necessidades locais, que nos faltam innumeros pontos de apoio em leis e regulamentos de policia para conseguir uma eficiencia maior nesse ramo da administração superior. Entretanto, muito se pôde fazer dentro do que já existe, no tocante á acção prohibitiva da policia, si se attender ás seguintes regras, que se applicam a nós mesmos e á interpretação do direito geral que lhe diz respeito: **Uma lei ou um regulamento de policia regem situações explicitas e casos implícitos. Si uma lei ou um regulamento de policia descreve um circulo geral para nelle ser exercida a acção das respectivas autoridades, não se pôde dizer que estas tenham poder arbitrário. A sua conducta deve ser traçada dentro do domínio jurídico; suas providencias devem ser compatíveis com o systema de garantias existente no paiz e inspirar-se no princípio da necessidade. Estas são as regras mais geraes.**<sup>217</sup>

Vale ressaltar que Aurelino Leal não se sente totalmente confortável com tal resposta - para ele, o ideal ainda seria uma regulamentação que conceda claramente esses poderes à instituição policial. Isso fica evidente pelas tentativas frustradas de projetos de lei mencionadas no prefácio do livro e no discurso de inauguração – as quais também servem como evidência do empenho em ampliar as atribuições policiais em matéria de controle social.

Aurelino também trouxe a distinção entre ato arbitrário e ato discricionário para amenizar a capacidade e a fachada autoritárias do poder de polícia. O ato arbitrário é entendido como pura vontade, indiferente ao Direito, enquanto o ato discricionário como circunspecto dentro dos limites legais. Destacamos quatro características essenciais do ato discricionário: a) ele é exercido em adequação ao regime de direito, ou seja, procurando não infringir ao máximo a legalidade; b) ele existe como instrumento para fazer valer a lei: por isso, deve estar em conformidade com o fim (objetivo) estipulado por ela; c) ele deve ser proporcional; d) e, finalmente, ele não escapa “ao contraste judicial”, i.e., à revisão judicial, com direito à ampla defesa àqueles que foram eventualmente prejudicados pelo ato.<sup>218</sup>

<sup>217</sup> LEAL, 1918, p.82-83, G.N.

<sup>218</sup> LEAL, 1918, p.43-46; cf. Também p.143

Torna-se importante delimitar os limites da polícia – o que já pode e o que definitivamente não pode fazer. Aurelino Leal iniciou com o conceito geral que “polícia” cuida da “boa ordem da coisa pública”:

Póde-se dizer que a policia, entre nós, sob o ponto de vista administrativo, se destina á manutenção da *ordem publica* propriamente dita, compreendendo, aliás, o vasto circulo da tranquillidade geral, da segurança collectiva, da moralidade. A salubridade, entretanto, já é actividade sujeita a vigilancia differente. Isto, entretanto, não importa em contradicção com o n. II do art. 32 do Regulamento que baixou com o decreto n. 6.440, de 30 de março de 1907, segundo o qual ao chefe de Policia incumbe exercer a policia administrativa relativamente aos serviços dos ministérios federaes e da Municipalidade do Districto Federal, de accordo com as respectivas autoridades. A policia, ahí, não tem acção espontânea, é auxiliar de outras instituições, ou meio regular de constrangimento na execução de ordens ou respeito a prohibições não attendidas sem a intervenção da força. (p.83-84)

E passou, então, a classificar as inúmeras atribuições às quais a polícia do Rio de Janeiro estende seu poder.<sup>219</sup> Algumas delas são apenas competências

<sup>219</sup> Segue algumas das mais importantes para o presente tema: i) “liberdade de transito publico, inspeccionando os vehiculos e outros meios de transporte de passageiros e conducção de mercadorias, de modo que sejam observadas as necessárias garantias de vida e de propriedade”; ii) “inspecção de escolas e colônias correccionaes”; iii) “inspecção dos divertimentos, theatros e espectaculos públicos, não só quanto á ordem e moralidade, como também em relação á segurança dos espectadores”; iv) “inspecção das agencias de serviços, providenciando para fiel observância dos regulamentos e contractos e superintendendo, directamente ou por intermédio dos respectivos fiscaes, a inspecção das casas de empréstimos sobre penhores e congêneres”; v) “fiscalização do serviço marítimo, sem prejuízo das attribuições da Capitania do Porto e da Alfândega”; vi) “inquéritos sobre incêndios, delictos e contravenções occorridos a bordo dos navios surtos no porto ou em navegação nas águas territoriaes do Districto Federal”; vii) “providenciar, na fôrma das leis, sobre o que pertence á prevenção de delictos, sinistros, riscos e perigos communs”; viii) “processar ex-officio nos termos da lei n. 628, de 28 de outubro de 1899, decreto 11. 3-475, de 4 de novembro do mesmo anno, e lei n. 947, de 29 de novembro de 1902, as contravenções do livro III, capítulos I e III, arts. 369, 389, 371 e 374, IV, V, VI, VIII, XII e XIII do Código Penal”; xii) “arbitramento e concessão de fianças criminaes”; xiii) “buscas e apprehensões nos casos e com as formalidades prescriptas em lei”; xvii) “proibir, em caso de incêndio, a agglomeração de curiosos que impossibilitem a acção do Corpo de Bombeiros e da Policia”; xviii) “prender, em caso de incêndio, as pessoas que forem encontradas em flagrante delicto ou contra as quaes existam provas ou véhementes indicios de que foram os autores do facto criminoso ou seus cúmplices”; xix) “proceder ás diligencias que lhe forem requisitadas pela autoridade judiciaria ou pelo Ministério Publico”; xx) “ter sob sua vigilância as prostitutas escandalosas, providenciando contra ellas, sem prejuizo do processo judicial competente, da fôrma que julgar mais conveniente ao bem estar da população e á moralidade publica”; xxi) “fiscalizar as hospedarias, hotéis, albergues e quaesquer outros estabelecimentos onde entrem e saiam diariamente hospedes, obrigando os proprietários, procuradores ou encarregados, sob pena de multa de 100\$ a 500\$ a ter um livro devidamente aberto e rubricado pelo delegado do districto, em que sejam inscriptos os nomes dos hospedes, sua nacionalidade, procedência e destino”; xxii) “dar destino aos loucos e enfermos encontrados nas ruas, bem como aos menores vadios e abandonados e aos mendigos”; xxiv) “zelar pela conservação dos monumentos públicos, fontes, praças, mercados, etc.”; xxv) “fazer autopsias, exumações, exames de idade, sanidade, toxicologicos e de defloramento”; xxvi) “presidir aos theatros e espectaculos públicos”. (LEAL, 1918, p.84-86)



burocráticas da atividade policial, outras denotam claramente o papel disciplinador da polícia.

Os limites da polícia descritos por Aurelino Leal são: a) a “*vida privada*” dos cidadãos - por via de regra, “a casa do cidadão escapa á intervenção policial”, com exceção de algum “perigo que ameace o publico ou alguma pratica indecorosa que affecte o pudor da visinhança ou dos transeuntes”, se, entretanto, “o interior da casa for accessivel a pessoas extranhas (villas, hospedarias, etc.), a intervenção, no sentido da segurança de todos, é legitima”; b) certos “pequenos factos da vida diária”, que não justificam a intervenção da policia, como o “caso de músicos que tocam na via publica, da chaminé de uma fabrica que incommoda a casa visinha, do uso immoderado de gramophones, da presença de cães em quintaes”; c) o “poder de policia não actúa sobre a manifestação normal das actividades econômicas”, portanto, “todas as sociedades anonymas, empresas industriaes, bancos, etc., etc, não podem soffrer a intervenção da policia, a menos que os respectivos directores peçam o seu concurso”, mas os “serviços públicos industrializados devem ser espontaneamente protegidos pela policia”; d) o poder de policia “cessa inteiramente deante da competência judicial”; e) o poder de policia “deve manifestar-se num sentido sempre proporcional, e não prohibir duas manifestações de actividade somente porque uma délias é illicita”; f) “sempre que o equilibrio de um estado policial puder ser realizado por meios brandos, o poder de policia deve preferil-os”; g) a “*vigilância* constitue uma arma legitima quando houver motivo de suspeita de que uma actividade submettida ao seu contraste aberrou das normas legaes ou regulamentares”, podendo “comprometter a ordem, a segurança e a moralidade publicas”; h) o “poder de policia se exerce por prohibições e por ordens”.<sup>220</sup>

Do mesmo modo que o poder de polícia possibilita a regulamentação proibitória de algumas ações, ele pode também criar exceções à proibição. Estas são descritas como: “a *proibição da policia com reserva de permissão*, ou seja, a

---

<sup>220</sup> LEAL, 1918, p.86-87

possibilidade de uma *permissão condicional* em assumpto relativamente ao qual a proibição é a regra”.<sup>221</sup>

Mas o “poder de polícia” não se restringe à simples regulamentação (proibitória ou permissória condicional), permitindo a aplicação de penas. Estas são diferenciadas das penas judiciais: são penas administrativas, que se davam, no Brasil, “especialmente por meio de multas”. O “delicto de policia ou administrativo, punivel com uma pena de policia”, escaparia “ao conceito do dolo e da culpa”. Aurelino cita Otto Mayer para explicar: “tudo depende unicamente do facto exterior do dever não cumprido, dever que é evitar perturbações da boa ordem”.<sup>222</sup> Descarta-se, portanto, a preocupação com a culpabilidade de tais atos, o que facilita e torna mecânico o enquadramento dos delitos. Além disso, a “autoridade conservava, na applicação das penas coercitivas, uma certa discreção, applicando-as, dentro dos limites da lei. com maior ou menor energia”. O campo discricionário da aplicação das “penas de polícia”, assim, torna-se mais abrangente.<sup>223</sup>

A apuração dos fatos, todavia, ainda deveria ser feita pela Justiça, “dando-se ao contraventor todo o direito de defesa”. A pena de polícia, mesmo que estabelecida pelo executivo, ainda deve ser executada apenas pelo judiciário, “não havendo inconveniente, entretanto, em que, para a execução da pena, se prescreva na mesma lei ou no mesmo regulamento um processo especial”.<sup>224</sup>

O poder de polícia extrapola o campo estritamente jurídico quando permite a força como forma de coerção à instituição policial. A força é necessária em última instância para fazer valer seus regulamentos.<sup>225</sup> Assim como no caso de

---

<sup>221</sup> LEAL, 1918, p.88

<sup>222</sup> LEAL, 1918, p.90

<sup>223</sup> LEAL, 1918, p.92

<sup>224</sup> LEAL, 1918, p.90-92

<sup>225</sup> A força é essencial para o Direito: **ela “não é aparelho específico da Policia, mas poder realizador do próprio direito, e, portanto, base do Estado.** Entre as definições de direito dadas por IHÉRING, resalta esta: 'o conjunto das normas, em virtude das quaes, em um Estado, se exerce o constrangimento'. **À primeira vista, parece que a definição institue o reinado da força, quando o que ella pleitea é o domínio da lei, da regra, da norma reguladora. O exercício do constrangimento por meio de normas importa na sua constricção. O constrangimento e a norma produzem a disciplina.** Elle existiu antes da norma. Foi esta que conteve, que lhe traçou o circulo de acção e construiu o dique que refreia.” (LEAL, 1918, p.38, G.N.)

legítima defesa e na defesa contra os esbulhos o direito civil e penal permitem ao indivíduo o emprego da força, no direito público há situação análoga com a instituição policial. Aurelino Leal destacou:

A força é outro aparelho de coerção policial. Entre nós, o uso da força não está regulamentado. O Código Penal se refere ao emprego da força para dissolver ajuntamentos ilícitos. Além disso, baixei instruções, como chefe de Polícia, sobre o modo de usá-la nos ditos ajuntamentos. A regra que deve dominar o emprego da força é a da proporcionalidade. Medida de excepção, embora indispensável, não se a deve empregar “sem necessidade”, e senão “legalmente, isto é, uma força que não seja contrária às leis”.<sup>226</sup>

Porque, senhores, ha ainda uma noção falsa da Polícia, que convém seja combatida: a de que ella constitue apenas um mecanismo de coerção. Sem ser possível negar que a base dessa instituição social descança na força como ultimo recurso de restabelecer o equilíbrio das relações communs alteradas por actividades negativas ou elementos subversivos da harmonia disciplinada, é preciso concebê-la e eneará-la de um ponto de vista mais elevado. **A força não é aparelho específico da Polícia, mas poder realizador do próprio direito, e, portanto, base do Estado. (...) À primeira vista, parece que a definição institue o reinado da força, quando o que ella pleitea é o domínio da lei, da regra, da norma reguladora.** O exercício do constrangimento por meio de normas importa na sua constrictão. **O constrangimento e a norma produzem a disciplina.** Elle existiu antes da norma. Foi esta que conteve, que lhe traçou o circulo de acção e construiu o dique que refreia.<sup>227</sup>

Aurelino Leal procurou criar uma sistemática do uso da força pelas instituições policiais, a qual poderia dar critérios mais claros de sua ação e também legitimar seu poder juridicamente. O uso da força, para tanto, de acordo com o autor, deve ser sempre proporcional, sem exceder os limites legais. Obviamente tal colocação é genérica e só poderia ser apurada casuisticamente, o efeito de tal argumento é ampliar o poder da autoridade policial.<sup>228</sup>

<sup>226</sup> LEAL, 1918, p.94

<sup>227</sup> LEAL, 1918, p.38, G.N.

<sup>228</sup> A seguinte passagem também deixa claro a generalidade do discurso: “O poder de Polícia deve ser sempre praticado em um sentido proporcional. Todo o excesso inútil é incompatível com o regimen do direito, o que não quer dizer que, nos casos em que falhar a brandura e a persuasão, a autoridade não salve a ordem publica. (LEAL, 1918, p.53). O argumento de Aurelino é que, exatamente pelo fato do poder de polícia ser vago e não delimitado, a proporcionalidade traria mais segurança às questões policiais: “o poder de polícia domina um vastíssimo circulo do direito, de tal sorte, que os seus limites ‘nunca foram definidos com precisão’, tornando-se necessário recorrer ao processo de ‘inclusão e exclusão’ para applicá-lo, a proporcionalidade não podia deixar de affectá-lo visceralmente” (LEAL, 1918, p.52)

O poder regulamentar continua, no entanto, a ser a atribuição essencial do poder de polícia, recaindo nas mãos do Chefe de Polícia.

De uma maneira geral, se pode dizer que a autoridade, com poder regulamentar, o exerce em qualquer assumpto em que a lei lhe confere a faculdade de gerir, de administrar, confiando á sua discreção os meios e modos de desempenhar sua função. É possível que esse poder não occupe o primeiro lugar na noção gradativa e theorica do *regulamento*; o certo, porém, é que elle existe e muito adeanta á ordem jurídica, porque melhor é tratar o indivíduo e suas liberdades com preceitos já estabelecidos do que expôl-os ás surpresas de cada facto. Em materia de policia, não deve ser esquecido que, por isso mesmo que ella é uma instituição que pratica a limitação das liberdades, a sua conducta deve ser a mais legal possível.<sup>229</sup>

Mas quais os limites do poder regulamentar do Chefe de Polícia? Primeiro, ele não pode contrariar lei prévia. Segundo, há algumas matérias que fogem da alçada da polícia – como já descritas anteriormente. Mesmo assim, ainda há um vasto campo não definido que, dependendo da posição ideológica, pode ou não ser normatizado pela polícia. Há duas teorias que tentam solucionar tal questão: uma defende que o Chefe de Polícia somente poderia regulamentar aquilo que a lei expressamente concede a ele; a outra entende que o poder regulamentar não está preso à lista taxativa de qualquer lei. Aurelino acreditava que as “duas doutrinas” poderiam “conciliar-se”:

Parta-se da lei. Esta pôde silenciar sobre a respectiva regulamentação, o que não tira ao Chefe do Estado o poder de regulamental-a. porque este seu poder é geral. Pode ella também indicar quem a deve regulamentar, e, uma vez esta autorização constando do texto, vale por uma determinação que deve ser cumprida. Duas hypotheses, porém, no tocante á policia, podem concorrer: ou a lei silencia e o Chefe do Estado deixa de regulamental-a, ou autoriza a regulamentação e a autoridade incumbida, o ministro, por exemplo, deixa de cumprir a delegação: pôde o chefe de Policia, neste caso, agir por substituição, expedindo normas de caracter geral para o serviço? Creio que sim. É uma questão apenas de latitude. **Certamente, o chefe de Policia não pode estabelecer multas, firmar penalidades, embaraçar ou crear entraves á liberdade, por sua propria autoridade; mas pôde regular, sob o ponto de vista administrativo; desdobrar a lei, explicando-a, aclarando-lhe o circulo de acção potencial, ou o que é mesmo, dizer o que nella se contém**

<sup>229</sup> LEAL, 1918, p.99

***implicitamente. Ao poder judiciário é que incumbe recusar aplicação concreta às absorpções contidas em taes regulamentos.***<sup>230</sup>

Si, pois, a lei é omissa e o Chefe do Estado não a regulamentou, o chefe de Policia póde adoptar as regras que lhe tracem uma linha segura de conducta em casos idênticos. Aquelle dever de “vigilância em proteger a sociedade”, o de “manter a ordem e tranquillidade publicas”, o de “assegurar os direitos individuaes” assignalam círculos de acção que, em casos não previstos pelas leis ou regulamentos do Chefe do Estado, podem ser regulados, por via geral, pelo chefe de Policia, uma vez que este não saía do dominio da sua competência.<sup>231</sup>

Em materia de serviço publico, quem administra regula. Regula absoluta ou relativamente, mas regula. Na orbita do poder regulamentar, convém que se tenha em vista, não se comprehende só o regulamento propriamente dito, mas também as instrucções, as circulares. E nunca, no mundo inteiro, onde quer que haja um direito reduzido a objectivação. se negou aos directores de serviço competência para expedir instrucções aos seus auxiliares. Em resumo: o poder regulamentar que em minha dissertação attribui ao chefe de Policia é o mesmo de que elle já gosa. Apenas construi a theoria para o nosso uso, porque, que me conste, ainda não existia systematizado no direito brasileiro.<sup>232</sup>

Essa capacidade regulamentar do chefe de Policia é possível devido à interpretação de que há poderes “implicitamente” concedidos a ele pelas leis, e foi explicada, pois, pela sua “função de administrar”. Para “desempenhal-a, na falta de direito escripto, elle pode, por uma razão, aliás, de utilidade incontestável, *regular* o modo geral de sua acção”. Desta maneira, Aurelino Leal afirmava que o arbítrio desapareceria, e até os cidadãos estariam mais assegurados, pois suas garantias estariam expostas na letra da lei. Isso porque “existindo o regulamento, o agente, administrativo, como toda a administração, como todos os administrados, é ligado por elle”.<sup>233</sup>

Não obstante o argumento de Aurelino, que não deixa de certa maneira ser verdadeiro, a consequência maior de seu “ato de fala” é o empoderamento do

---

<sup>230</sup> LEAL, 1918, p.103, G.N.

<sup>231</sup> LEAL, 1918, p.104-105

<sup>232</sup> LEAL, 1918, p.152

<sup>233</sup> cf. LEAL, 1918, p.103

Chefe de Polícia. O poder regulamentar do Chefe de Polícia o legitimaria para atuar mais eficazmente, principalmente em questões de controle social.<sup>234</sup> O argumento

Percebe-se que o esforço de Aurelino Leal é munir o instituto do poder de polícia com o máximo de conteúdos jurídicos (aqui, representados pelos limites e garantias instituídos) para que se consolide como fundamento concreto da atuação policial. São, no entanto, garantias jurídicas e apresentadas como tal:

Nós, juristas, sentimos bem que ha nesses votos da Conferência todo um mundo de ordem e segurança; em primeiro lugar, a norma legal ou regulamentar preestabelecida, servindo de indicação geral aos co-associados; em seguida, a discreção, que, si não é uma norma de limites próximos, também não é a licença escripta, que ergue o arbítrio á altura de um principio; em ultimo lugar, a lei da proporção, que, no domínio da Policia, representa um papel de grande saliência. **O meu esforço máximo nesta Conferência foi reduzir a actividade policial a normas jurídicas. Eu sabia de sobra — e não o sei menos agora — que o direito casuistico é perigoso. Um homem pôde consumir dias e dias de sua vida sem ter necessidade de invocar, do mundo abstracto, uma norma para, concretizando-a, garantir uma determinada situação juridica do dominio do direito privado. Do que elle é inseparável, porém, é das relações de Policia.**<sup>235</sup>

Fato que indica uma certa recusa em aceitar facilmente as ideias de Aurelino Leal foi que algumas teses não foram aceitas pela comissão da conferência - aquelas que “infelizmente, embora acceitaveis em theoria, (...) parecem incompatíveis com o nosso regimen constitucional”.<sup>236</sup> Essas foram: a tese dos atos discricionários; a tese do poder de polícia legitimar a multa; a capacidade regulamentadora do chefe de polícia.

<sup>234</sup> Como enfatizado pelos próprios exemplos de Aurelino: “Tudo isto considerado, penso que o poder regulamentar do chefe de Policia comprehende dois círculos: o 1º explicito e o 2º implicito. No primeiro, esse poder é inscripto na lei, que é claríssima, autorizando o chefe de Policia a “expedir ordens e instrucções regulamentares para a bôa administração do serviço policial” (n. 4, do art. 32. do Reg. n. 6.440). “o regulamentar as vendas e o porte de armas offensivas, bem como o fabrico, a venda e o uso de explosivos, inflammaveis e tóxicos” (n. XIII. do art. 32. do Reg. n. 6.440). “a organizar de modo especial a repressão do alcoolismo” (art. 247 do Regulamento n. 6.440), “a liberdade de transito” (§ iº. do art. 34). No segundo, o poder regulamentar é implicito: sobre a policia administrativa em geral (art. 20, do Reg. n. 6.440); sobre as prostitutas escandalosas (n. XVII, do art. 32, do citado Reg.); sobre hospedarias, hotéis, albergues, etc. (n. XVIII, do art. 41)” (LEAL, 1918, p.104).

<sup>235</sup> LEAL, 1918, p.38-39, G.N.

<sup>236</sup> LEAL, 1918, p.153

Elas continuaram a ser sustentadas por Aurelino Leal em resposta à comissão, mas com outros argumentos. A mudança estratégica de Aurelino ao responder as críticas pode ajudar na compreensão de seu “ato de fala”: utilizou-se muito mais da letra da lei e de autores estado-unidenses para responder às críticas contrárias às teses apresentadas. Tal escolha indica a maleabilidade esperta de Aurelino ao dar a impressão de que: por um lado, a própria legalidade já permitia as intervenções defendidas; por outro lado, os Estados Unidos, como nação modelo do liberalismo, já assumiam essas atividades sem problemas.

Ao final, entretanto, percebe-se pelo tom da obra, em sua totalidade, que é menos a afirmação de garantias jurídicas à atuação policial e mais um empreendimento discursivo em legitimar a intervenção estatal por parte da polícia e impedir a anulação judicial de suas ações. Os seguintes trechos representam bem as intenções do autor de incrementar o controle social na cidade do Rio de Janeiro:

Antes da nossa reunião, já era materia assentada na jurisprudência a legitimidade do poder de Policia sobre a exhibição de meretrício, nas ruas e nas janellas, e não se julgou que constituía violência á liberdade a presença do rendante á porta de casas habitadas por decahidas. Nellas impedindo o accesso dos transeuntes. Na Conferência Judiciaria-Policial fomos mais longe: dando força a uma sentença de primeira instância, reconhecemos á Policia o poder de localizar o meretricio - e, com elle, o vastíssimo contraste de todos os actos de incontinencia, desregramento ou impudicia... quaesquer exhibições escandalosas, inscripções e desenhos obscenos, a exposição, affixação ou distribuição de manuscriptos e papeis impressos, lithographados ou gravados, pinturas, cartazes, livros, estampas, debuxos, emblemas, figuras e objectos contrários ao decoro publico e aos bons costumes. Quanto a estes últimos, ficou firmado o poder da policia para apprehendelos.<sup>237</sup>

O futuro, talvez muito proximo, dirá que foi um erro não se definirem as modalidades criminaes do anarchismo violento. Erro, o tempo já se encarregou de demonstrar que está sendo não se haver definido a *residência* do estrangeiro, de modo a poder o paiz defender-se dos máos elementos que procuram abrigo á sombra da liberdade que praticamos e que tanto parece, sob certos aspectos, irmã-gemea da licença, situação que força uma corrente victoriosa do Supremo Tribunal a julgar inconstitucional o dec. leg., n. 2.741 de 8 de janeiro de 1913.<sup>238</sup>

---

<sup>237</sup> LEAL, 1918, p.40-41

<sup>238</sup> LEAL, 1918, p.XII

Na passada estação lyrica, a policia exerceu a censura, podendo citar o caso da opera do maestro LEROUX — *Les Cadeaux de Noel*, que foi submettida a exame por suspeita de atacar a Allemanha. A companhia que, então, trabalhou no dito theatro foi multada pessoalmente pelo relator deste parecer, por haver passado além da hora marcada no regulamento em um dos seus espectaculos. Concebe-se que o theatro. sendo municipal, esteja, sob o ponto de vista da sua administração interna, sujeito á sua direcção e a um regulamento especial. Isto, porém, não impede a intervenção da policia que alli tem, sabidamente, camarote para o seu representante. Numa palavra : a policia tem e não podia deixar de ter no Theatro Municipal a mesma competência de agir que nos demais da cidade. A razão é simples : regulado o assumpto por lei do Congresso e decreto do Chefe do Estado, o direito municipal não os poderia sobrepujar.<sup>239</sup>

O contexto agitado do final da década de 1910 certamente apressava os estadistas a tomar medidas como a conferência judiciária-Policia para repensar os instrumentos de poder com que podiam controlar as conturbações sociais. As greves do período eram tratadas por esses juristas como assunto sério, sendo um dos principais fatores da própria existência da conferência.<sup>240</sup>

O “ato de fala” de Aurelino, por conseguinte, tem como finalidade, como já frisado algumas vezes anteriormente, o de expandir as competências do Chefe de Polícia em sua luta para o controle social. O poder de polícia é trabalhado para justificar juridicamente as ações policiais, impedindo as anulações delas por parte do judiciário. “Polícia” compreende as diversas áreas de atuação disciplinadora da instituição policial no meio urbano, até o ponto de Aurelino afirmar que “a rua é a polícia toda inteira”.

---

<sup>239</sup> LEAL, 1918, p.172

<sup>240</sup> Como demonstra o relato de Aurelino Leal: “No espaço decorrido entre a votação definitiva dos nossos estudos e esta reunião, a cidade passou pelo perigo de uma grande convulsão. Refiro-me ao movimento operário. Aquelles que duvidaram do êxito do nosso tentamen devem estar convencidos do erro commettido. A parede e os seus antecedentes vieram pôr cm grande destaque a obra da Conferência. Um nosso talentoso confrade, diante dos factos, commentou-os com um sorriso alludindo á opporrtnnidade da Conferência e dizendo-me sem ambages: “Nem de encomenda!”. O primeiro triumpho se concretizou no *habeas-corpus* com que os anarchistas pretenderam garantir-se no direito de “realizar comícios operários em qualquer praça, theatro ou outro lugar conveniente desta cidade”. (LEAL, 1918, p.56)



## CONCLUSÃO

Mas, enfim, por que é importante discutir a História do Direito e o percurso históricos dos institutos jurídicos? Trata-se de simples antiquarismo ou exercício puramente “intelectual” ou “teórico” (se é que tais categorias existem...)? Acreditamos que não, a história possui uma utilidade para o presente. Tentaremos explicar o porquê de nosso entendimento nos próximos parágrafos.

No caso do poder de polícia, tal esforço serve para auxiliar:

- a) a dogmática jurídica;
- b) a história social e a história intelectual;
- c) a conscientização do uso instrumental do saber jurídico para fins políticos;

Ajuda a dogmática jurídica porque provém o contexto de desenvolvimento do poder de polícia como argumento jurídico. Logo este instituto que é tantas vezes mal compreendido, pouco trabalhado e até enigmático da doutrina jus-administrativa. Ele é tão vago principalmente por causa de sua formação histórica. A sua continuidade do Antigo Regime para o contexto pós-revolução trouxe mudanças em sua conceituação. Mas a incompatibilidade do conceito de poder de polícia com o Estado de Direito permanece em um nível latente que pode ser desvelado por uma análise mais detida ou simplesmente ao traçar o contexto histórico de seu uso.

A história social tem a ganhar com os estudos sobre o poder de polícia principalmente porque foi uma das principais fundamentações jurídicas para o controle social durante a Primeira República. Entender a estruturação do saber que legitimava as intervenções estatais permite ao historiador uma maior imersão em seu contexto e o impede de cometer erros interpretativos quantos aos agentes interventores. A história intelectual tem a ganhar com mais exemplos de críticas ao liberalismo durante a Primeira República.

Enfim, a conscientização do uso instrumental do saber jurídico para fins políticos serve a todos, indistintamente. Isso porque a história tem como função desnaturalizar o que consideramos natural, mostrando-nos as possibilidades do diferente, as contingências de nosso próprio contexto histórico.

## FONTES PRIMÁRIAS

- CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de (1914). *Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional
- CRUZ, Alcides (1914). *Noções de Direiro Administrativo*. Porto Alegre: Oficinas tipograficas a vapor de Germano Gundlach e Comp.
- LEAL, Aurelino (1918). *Polícia e Poder de Polícia*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional
- REIS, Aarão (1923). *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Oficinas Villas-Boas e C.
- SANTOS, Oliveira (1919). *Direito Administrativo e Sciencia da Administração*. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo A. (2007) *Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I*. São Paulo: Malheiros Editores
- BARRETO, Lima. Organizado por Faria, Antônio Augusto M. de e Pinto, Rosalvo Gonçalves (2013). Lima Barreto: *Antologia de artigos, cartas e crônicas sobre trabalhadores*. Belo Horizonte: FALE/UFMG
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão (1964). *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos
- CRETELLA Jr., José (1975). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Forense
- COSTA, Pietro (2010). *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá
- FERES JÚNIOR, João (Org.) (2009). *Léxico da história dos conceitos políticos no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG
- FIORAVANTI, Maurizio (2001). *La Scienza del Diritto Pubblico: dottrine dello Stato e della costituzione tra otto e novecento*, tomos I e II (Biblioteca per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, v. 58/59). Milano: Giuffrè Editore
- DI PIETRO, Maria Sylvia (2000). 500 anos de direito administrativo brasileiro, *in: Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*. Brasília: ENAP, v. 26, n. 2, p. 29-54. encontrado em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-MARIA-S-ZANELLA-DI-PIETRO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-MARIA-S-ZANELLA-DI-PIETRO.pdf)

GROSSI, Paolo (2007). *Da sociedade de sociedades à insularidade do estado entre medievo e idade moderna*. In: *Sequência*, n.57, Fundação Boateux p.9-28

GUANDALINI Jr., Walter (2011) *Gênese do direito administrativo brasileiro: formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil Imperial*. Tese - UFPR

HESPANHA, António Manuel (1994). *As Vésperas do Leviathan: instituições e poder político Portugal – séc. XVII*. Coimbra: Almedina

\_\_\_\_\_ (2005). *Cultura Jurídica Européia - síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteux.

JAMESON, Samuel Haig (org.). *Direito Administrativo – antologia coligida por Samuel Haig Jameson*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1962

LADURIE, Le Roy (1994). *O Estado monárquico*. São Paulo:

MANNORI, Luca e SORDI, Bernardo (2006). *Storia del Diritto Amministrativo*. 4ª ed. Milano: Laterza.

PIRES, Patrícia Maria Alves (2002). *Perfil de um republicano: Aurelino Leal*. Trabalho apresentado no X Encontro Regional de História – ANPUH-RJ História e Biografias - Universidade do Estado do Rio de Janeiro - 2002

ROSANVALLON, Pierre. *L'État em France de 1789 a nos jours*.

SEELAENDER, Airton (2006) *Pondo os pobres no seu lugar – igualdade constitucional e intervencionismo segregador na Primeira República*. In: COUTINHO, Jacinto N. M. e LIMA, Martonio M. B. (Org). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, p.1-26

\_\_\_\_\_ (2008) *A polícia e o rei-legislador: notas sobre algumas tendências da legislação portuguesa no Antigo Regime*. In: BITTAR, Eduardo. C. B. (Org.). *História do Direito Brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. São Paulo: Atlas, p.91-108

\_\_\_\_\_ (2009) *A “polícia” e as funções do Estado – notas sobre a “polícia” do antigo regime*. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v.49, p.73-87

\_\_\_\_\_ (2012). *A história do direito público à luz dos conceitos. Um exemplo da Primeira República*. Palestra conferida dia 20/11/2012 às 10h:10 no Centro de Ciências Jurídicas da UFSC

SIMON, Thomas (2009) *Disciplinamento social e combate à vadiagem no antigo regime* In: *Sequência*. n.59 p.121-139

SKINNER, Quentin. (2002). *Visions of Politics, vol. 1 – Regarding Method*. Cambridge: Cambridge University Press.

STOLLEIS, Michael (2001). *Public law in Germany, 1800-1914*. New York: Berghahn Books

\_\_\_\_\_ (2008) *Storia del Diritto Pubblico in Germania: pubblicistica dell'impero e scienza di polizia (1600-1800)*. Milano: Giuffré.

SUBTIL, José Manuel Louzada Lopes (2011). *Actores, territórios, e redes de poder, entre o antigo regime e o liberalismo*. Curitiba: Juará Editora

VENÂNCIO FILHO, Alberto (2011). *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva

WOLOCH, Isser (1995). *The New Regime: transformations of the French civil order (1789-1820)*. N. York/London: W.W. Norton